

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

NATURE ET EFFETS
DES CONVENTIONS
RELATIVES A
L'HYPOTHÈQUE LÉGALE
DE LA FEMME MARIÉE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après sera présenté
et soutenu le 6 Décembre 1909*

PAR

MARCEL CHACHIGNON



Président : M. PIÉDELIÈVRE, professeur.

*Suffragants : { M. MASSIGLI, professeur.
 { M. PERCEROU, agrégé.*

SCEAUX

IMPRIMERIE CHARAIRE

98-100, RUE HOUDAN, 98-100

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A MA GRAND'MÈRE

A MES PARENTS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

INCONVÉNIENTS DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MARIÉE. —

BUT DES CONVENTIONS RELATIVES A CETTE HYPOTHÈQUE. —

CONTROVERSES A LEUR SUJET

Quand un législateur se propose de créer une institution juridique destinée à la protection d'un incapable, la femme mariée par exemple, il doit non seulement tenir compte des intérêts de cette femme, rechercher quelles sont les mesures propres à sauvegarder ces intérêts, mais encore il doit prendre garde de ne point porter atteinte aux intérêts du mari, éviter que les mesures prises ne deviennent pour ce dernier une gêne et une entrave dans ses relations juridiques avec les tiers qui se trouveraient exposés à subir à leur tour les effets de cette institution.

En d'autres termes, pour qu'une institution juridique de protection remplisse exactement le but qu'elle se propose d'atteindre, pour qu'elle se suffise à elle-même, il est nécessaire qu'elle satisfasse aux deux conditions suivantes :

1° Etre efficace quant à la protection de l'incapable ;

2° N'être ni destructive du crédit de la personne contre qui cette institution est créée, ni gênante dans les relations juridiques de cette personne avec les tiers qui contractent avec elle.

Si ces deux conditions ne sont point remplies, le législateur n'a accompli qu'une partie de sa tâche. Il a fait œuvre utile, peut-être, mais en tout cas incomplète. Et si, pour le premier point, son œuvre, quoique imparfaite, est destinée à ne pas subir de modifications par la force même des choses, — comment en effet penser sérieusement que la femme en se mariant songera à stipuler des sûretés complémentaires, alors que le législateur, en lui accordant une protection indépendante de tout acte de sa part, prévoit précisément qu'elle ne songera même pas à en stipuler ? — si, disons-nous, son œu-

vre à ce point de vue est définitive jusqu'au moment où interviendront de nouvelles dispositions législatives, il faut au contraire reconnaître que pour la seconde condition la situation est toute différente : il s'agit, en effet, du crédit du mari, d'actes juridiques qu'il peut être appelé à accomplir fréquemment. Les défauts et les lacunes de la loi apparaissent plus clairement, se font sentir plus lourdement. La nécessité du crédit, la sécurité dans les relations juridiques sont besoin si pressant et si impérieux qu'une réforme devient indispensable. Si cette modification tarde à se produire, on peut être sûr que les praticiens ne resteront pas inactifs et s'ingénieront à trouver un remède à la situation, facilitant et préparant ainsi la tâche future du législateur, qui n'aura plus qu'à sanctionner et réglementer ce qui n'était qu'un pur usage.

Si nous passons du général au particulier, si nous envisageons plus spécialement l'hypothèque légale de la femme mariée, nous trouvons dans cette institution juridique de protection la confirmation des propositions que nous venons d'énoncer.

Le législateur français, dans l'article 2121 al. 2 du Code civil, donne à la femme mariée une hypothèque légale sur les biens de son mari. Cette hypothèque a pour fondement les considérations suivantes :

a) Les pouvoirs que la loi, sous les divers régimes matrimoniaux, accorde au mari sur la fortune de sa femme sont très étendus et de nature à la compromettre. Même dans les régimes les plus protecteurs des intérêts de l'épouse, l'existence de cette hypothèque se justifie facilement. Sous le régime dotal la théorie de la Cour de cassation relativement à la dot mobilière, — et les biens mobiliers forment la part de plus en plus importante des fortunes actuelles, — permet au mari d'anéantir cette partie de la dot. Quant aux biens paraphernaux, la loi prévoit elle-même, et non à tort, l'immixtion du mari dans leur administration. (Art. 1577 à 1580 C. civ.) Sous le régime de séparation de biens où théoriquement le mari n'a aucun pouvoir, n'y aura-t-il pas souvent en fait immixtion du mari ? les biens de la femme ne seront-ils pas souvent soumis à l'administration du mari ?

b) La femme se trouve dans l'impossibilité morale de sti-

puler des garanties. Sans doute la femme n'est pas une incapable, sans doute sa capacité civile est aussi étendue que celle de l'homme, mais, quel que soit le moment où l'on se place, on se heurte à de sérieuses difficultés. Avant le mariage ? Mais semblable exigence, impliquant une certaine défiance, entraînerait peut-être la rupture du mariage projeté. Après le mariage ? La femme est obligée d'obtenir l'autorisation de son mari et la nécessité de ce consentement ne constitue-t-il pas précisément son incapacité quand il s'agit de sûretés à prendre contre son mari ? Il est vrai que la femme peut recourir à l'autorisation de justice, mais ce recours, déjà difficile quand le mari n'est pas en cause, devient moralement impossible lorsque l'acte est une mesure de défiance contre lui. La loi ne peut donc exiger que la femme prenne l'initiative d'un acte qui est de nature à porter le trouble et la discorde dans des relations où doit régner l'harmonie la plus parfaite.

c) Et enfin le législateur a fait ici une application du principe suivant, principe dont on trouve de nombreuses traces dans notre code : lorsqu'un individu se trouve dans l'impossibilité de se défendre lui-même (impossibilité soit physique, soit intellectuelle, soit morale), la loi doit venir à son secours et le protéger.

L'hypothèque légale est donc juste. Le législateur n'est point critiquable de l'avoir créée. Eût-il agi autrement qu'il eût montré une impardonnable imprévoyance. Elle n'est d'ailleurs que le complément nécessaire des diverses mesures prises par la loi en faveur de la femme : articles 1453, 1471, 1483, 1487 du Code civil.

Rappelons brièvement ses caractères particuliers. Sur bien des points, elle se sépare de notre droit commun en matière d'hypothèque. Elle est en effet occulte, générale, indéterminée, elle procure des rangs de collocation divers.

Elle est occulte à deux points de vue. D'abord aux termes de l'article 2135 du Code civil, elle existe indépendamment de toute inscription. Cette dispense a été réduite par l'article 8 de la loi du 23 mars 1855. Ensuite, même inscrite, l'indication du montant de la créance n'est pas obligatoire « quant aux objets conditionnels, éventuels ou indéterminés » (art. 2153 C. civ.).

Elle est générale et s'étend à tous les biens du mari, ceux

présents et ceux à venir (art. 2122 C. civ.). Elle frappe également les conquêts de communauté, sauf à distinguer d'après le parti que prendra la femme à la dissolution de la communauté.

Elle est indéterminée en ce sens que toute créance de la femme contre son mari se trouve en principe garantie par l'hypothèque, quelle que soit la source de l'obligation du mari, contractuelle, délictuelle ou légale, et quelle que soit la chose due, liquide ou non, exigible ou non. L'article 2121 du Code civil, auquel, d'après une doctrine unanime et une jurisprudence constante, l'article 2135, même code, n'apporte aucune limitation, est très large : « Les droits et créances... » Or, si parmi les créances que le code énumère, il en est dont il est possible, sinon d'évaluer l'importance approximative, du moins de prévoir l'existence, et qui résultent, soit du contrat de mariage, soit d'actes postérieurs, il en est d'autres que nul acte ne peut constater. Le mari, administrateur des biens personnels de sa femme, est responsable des fautes qu'il commet. L'hypothèque légale garantit le paiement des dommages-intérêts auxquels il pourrait être condamné, par exemple, pour avoir laissé dépérir les biens de sa femme, faute de réparations d'entretien, ou pour n'avoir pas fait transcrire une donation à elle faite, ou pour avoir laissé s'accomplir contre elle la prescription de ses biens dotaux (art. 1561 C. civ.). Cette obligation est nécessairement d'une nature indéterminée. Elle n'est susceptible d'être appréciée qu'à la fin de la gestion maritale.

D'autres causes d'accroissement de l'hypothèque légale, dont la loi n'ordonne pas la publicité, existent encore. Il en est ainsi des créances résultant au profit de la femme des successions qui lui sont échues ou des donations qui lui ont été faites pendant le mariage, des récompenses qui lui sont dues à raison des dettes contractées par elle avec son mari.

La situation est compliquée encore par l'article 2135 du Code civil qui indique des rangs de collocation divers d'après les créances garanties.

En résumé, le montant des créances garanties par l'hypothèque légale, à un moment donné, ne peut être exactement déterminé, d'abord parce que certaines créances ne peuvent

être déterminées qu'à la dissolution du mariage, et ensuite parce que certaines créances, même postérieures (celles concernant la dot et les conventions matrimoniales), viendront prendre rang au jour du mariage.

Nous avons plus haut félicité le législateur d'avoir créé l'hypothèque légale. Devons-nous le féliciter également de l'avoir ainsi organisée ? Hélas, non ! De nombreuses critiques se sont élevées sur ce point et nous devons reconnaître que ces critiques sont fondées.

On a d'abord reproché à cette hypothèque de ne pas être pour la femme une protection efficace. En effet, la garantie accordée à la femme suppose que le mari possède des immeubles. Si la fortune du mari est mobilière, l'hypothèque tombe faute de biens qu'elle puisse grever, et la femme n'est plus protégée contre la gestion maritale, car la loi ne lui a pas donné de privilège sur les meubles. L'efficacité de l'hypothèque légale dépend donc de la composition de la fortune du mari.

D'autre part, a-t-on dit, l'hypothèque légale est dangereuse pour le mari et dangereuse pour les tiers. Il est facile de se rendre compte de la grave atteinte qu'elle porte au crédit du mari, atteinte d'autant plus lourde que la femme est plus riche, car ses reprises, et par la suite l'étendue de l'hypothèque croîtront ordinairement en raison directe de sa fortune, et aussi des entraves gênantes qu'elle apporte dans les relations juridiques du mari avec les tiers.

Le mari veut-il emprunter de l'argent ? Le prêteur lui demandera une garantie. Le mari offrira une hypothèque sur ses immeubles. Mais le prêteur hypothécaire trouvera cette garantie insuffisante. Il lui est, en effet, impossible d'apprécier le crédit du mari, car comment pourra-t-il connaître le montant des reprises de la femme, reprises presque nulles peut-être, au moment du prêt, mais qui pourront ensuite grossir et avoir un rang hypothécaire meilleur que le sien ! Il sera donc aussi arrêté par la crainte de voir son hypothèque conventionnelle primée par l'hypothèque légale, de voir la valeur des immeubles absorbée par une créance éventuelle dont il lui est impossible d'apprécier exactement le chiffre. De plus, il ne peut procéder à la purge. Les capitaux se retireront donc, et cela au grand détriment de la fortune publique

pour laquelle le crédit, et particulièrement le crédit territorial est un élément d'accroissement et de prospérité.

A un autre point de vue, l'existence de l'hypothèque légale va engendrer pour le mari une entrave fâcheuse, devenir pour les tiers, sinon un obstacle infranchissable, du moins la cause de formalités longues et coûteuses. L'aliénation par le mari de ses immeubles propres et même des immeubles conquêts, ne sera point chose facile, car les acquéreurs se trouveront menacés par le droit de suite.

Les acquéreurs, il est vrai, se trouvent placés dans une situation plus favorable que les prêteurs. En effet, s'ils remplissent les formalités des articles 2193, 2194 du Code civil, ils peuvent purger. Mais que d'inconvénients ! Que de frais et de lenteurs ! Dans les documents parlementaires et les discussions préparatoires de la loi du 13 février 1889, il a été constaté que, pour les ventes de moins de deux cents francs, les frais de la purge des hypothèques légales atteignent et même souvent dépassent l'importance du prix. Or, ces ventes s'élèvent au nombre annuel moyen de 800.000. Il n'y a que le Crédit Foncier qui puisse, en vertu d'un privilège spécial, à lui conféré par le décret du 28 février 1852 et la loi du 10 juin 1853, purger en trois semaines, moyennant quinze ou vingt francs de frais. Pour les acquéreurs de la propriété foncière, les formalités se succèdent pendant une période de trois ou quatre mois, et le coût de cette procédure est de cent vingt à cent cinquante francs. Aussi cet expédient est-il peu en faveur. Le nombre auquel s'élèvent annuellement ces procédures ne dépasse pas 10.000. D'autre part, la purge rend possible la surenchère du dixième et par suite une éviction. En outre, si la femme s'inscrit, un ordre devient presque toujours nécessaire pour la distribution du prix, d'où nouveaux frais et nouvelles lenteurs. Si le mari a vendu pour parer à des éventualités pressantes, il ne peut immédiatement toucher le prix de vente et aura aliéné une partie de son patrimoine sans avoir réalisé son but.

Il était donc utile, et au point de vue particulier du mari et de la famille, et à un point de vue plus général, de trouver une ou plusieurs institutions, « institutions régulatrices », suivant l'expression de M. Le Poittevin, destinées à supprimer ou du

moins à tempérer les inconvénients de l'hypothèque légale et à maintenir dans un juste milieu cette protection accordée à la femme.

La loi en fournissait quelques-unes d'une manière expresse :

1° Le mari peut dégrever certains de ses immeubles en obtenant avant ou même pendant le mariage une réduction d'hypothèque. (Art. 2140, 2144 et 2145 C. civ.)

2° Les acquéreurs pouvaient recourir à la purge (art. 2181 à 2195 C. C. civ.)

3° Enfin, la femme pouvait donner un droit de gage sur ses reprises, soit à ses créanciers personnels, soit aux créanciers du mari, soit même aux créanciers d'un tiers. Le nantissement comprenait sans aucun doute l'hypothèque avec la créance, l'accessoire avec le principal. (Art. 2075 C. civ.)

On voit immédiatement que ces procédés étaient insuffisants.

D'abord, ils offrent tous un défaut commun ; ils nécessitent des formalités longues et coûteuses d'où gêne et entrave pour ceux qui veulent y recourir.

En second lieu, ils ne répondent pas complètement aux exigences de toutes les situations. La réduction d'hypothèque dégreve bien quelques immeubles, mais pour ceux que frappe l'hypothèque légale, on se retrouve dans la même situation que si l'on n'avait rien fait. La purge ne peut être utilisée que par certaines personnes. Quant au nantissement des reprises, il suppose que celles-ci sont déterminées et constatées par un titre, conditions rarement réalisées pour les créances de la femme.

La loi n'offrait donc point de moyens suffisants. Ce qui était nécessaire, c'était une institution souple, qui ne fût pas enfermée dans un cadre étroit et rigide, limitée à un certain nombre de cas particuliers, qui se pliât facilement aux besoins de la pratique, aux intentions des contractants : à l'administration maritale ; c'était une institution qui fût susceptible d'effets et d'étendue variables. Les besoins de la pratique sont nombreux et différents. Il fallait qu'à tout besoin spécial correspondît une convention appropriée.

Les praticiens, témoins des inconvénients précités, avaient

cherché le remède. Ils le trouvèrent dans les conventions que l'on connaît maintenant sous le nom générique de « subrogations et renonciations à l'hypothèque légale ».

Les conventions qui sont l'objet de notre étude sont donc nées de la pratique des affaires. Est-ce à dire que ces conventions étaient totalement inconnues auparavant ? Non. L'on trouve éparses, dans la législation romaine et dans notre ancien droit, des traces de ces stipulations. Mais, comme nous le verrons plus loin, la tradition historique ne nous offre que peu de ressources, et nous ne trouverons ni dans les juriscultes romains, ni dans nos anciens auteurs une base solide, des règles d'interprétation sûres et fermes. L'on s'en rend admirablement compte après la lecture de la première partie du curieux ouvrage de M. Bénéch (*Du nantissement appliqué aux reprises de la femme*), et de ses recherches historiques sur la matière. L'idée ne fut qu'entrevue et c'est à la pratique moderne que revient le mérite de la réalisation de l'invention. Et encore, ainsi que le fait remarquer M. Beudant, la pratique n'a pas tiré tout le parti possible de sa création. Les pactes subrogatoires sont pour ainsi dire restés cantonnés à l'hypothèque légale de la femme mariée. Ce n'est qu'une étape dans l'histoire de la subrogation, ce n'est qu'une phase de cette question : quel crédit donne l'hypothèque à celui qui la possède ?

Ces conventions sont destinées à remédier aux inconvénients de l'hypothèque légale. De là, ont surgi de nombreuses difficultés. D'une part, ces inconvénients nombreux variaient suivant les espèces. D'autre part, aucun point de départ sûr, aucune base solide. Aussi, se trouve-t-on en présence d'une grande diversité de dénominations, — Cession des créances et reprises, — Paiement avec subrogation, — Subrogation expresse, — Subrogation tacite, — Cession d'antériorité, — Cession de rang, — Renonciation *in favorem*, — Renonciation extinctive expresse, — Renonciation extinctive tacite, — Promesse d'abstention, — Constitution de gage, — Délégation, — Exception de garantie.

Or, si l'on considère, d'une part, que la nature juridique de ces conventions n'était point exactement connue, d'autre part, que de graves divergences existaient sur le point de

déterminer les effets de ces conventions, d'autre part encore que la grande diversité de noms amenait forcément des obscurités et des confusions, — que les tribunaux se montraient hésitants et contradictoires, on en arrive à se demander comment il a été possible de recourir à ces stipulations, de se reconnaître au milieu de ce chaos, d'arriver à obtenir une théorie précise. C'est que le besoin pratique était si grand et si impérieux qu'il a fini par surmonter toutes les difficultés. L'honneur en revient-il aux praticiens ? Certainement, non. Mais leur ténacité à employer des clauses dont ils ne voyaient pas bien nettement la portée et la valeur et qui, partant, étaient nécessairement diffuses, vagues et obscures, nous a valu toute une série de décisions judiciaires et de travaux de doctrine qui ont dégagé un certain nombre de points certains et préparé l'élaboration d'une théorie précise.

Mais, si, au début, les praticiens étaient excusables d'employer des formules vagues et indéfinies et renfermant même, chose plus grave, des termes contradictoires, on ne saurait maintenant trouver une excuse à leur persistance à recourir aux mêmes formules. Esprit de routine ? Peut-être, mais en tout cas esprit fâcheux. Puisque les grands points sont élucidés, puisque les effets des principales de ces conventions sont nettement différenciés et déterminés, pourquoi continuer à employer des mots à double sens, exposer leurs clients à des contestations et à des procès ! Il ne faut cependant pas désespérer. Le temps n'est pas encore loin de nous où les grandes controverses ont reçu des solutions définitives. Les contestations s'éteindront. L'intervention des tribunaux sera de moins en moins souvent requise, — il est déjà facile de s'en convaincre, — et cela au grand avantage des parties en cause et des notaires ; et l'on peut, croyons-nous, prévoir le moment où les gens du métier n'éprouveront pas plus de difficulté à conseiller telle ou telle de ces conventions, que telle ou telle stipulation dans un contrat de vente ou dans un contrat de mariage.

Nous avons, jusqu'à présent, vu les défauts et le remède. Il nous reste donc à examiner si le remède est approprié au mal qu'il est destiné à guérir. Mais auparavant il nous faut, d'une façon très succincte, indiquer ce que sont ces stipulations, quel est le résultat que l'on atteint quand l'on recourt à elles. Con-

tentons-nous d'indiquer préliminairement ici, sans entrer dans l'étude de la controverse, sur laquelle nous reviendrons, que les conventions relatives à l'hypothèque légale de la femme mariée ont pour objet l'hypothèque légale seule, l'hypothèque détachée de la créance qu'elle garantit. Ce que la femme cède, ou ce à quoi elle renonce quand elle consent une de ces stipulations, c'est son hypothèque seule. Elle conserve sa créance.

Et envisageant maintenant les personnes diverses en faveur desquelles peuvent intervenir ces conventions, les combinaisons possibles auxquelles on peut recourir, on voit facilement que, dans l'un et l'autre cas, on peut les ranger en trois catégories.

A. — La femme peut consentir un de ces pactes en faveur d'un créancier du mari. Ce sera le cas le plus fréquent. Aux garanties données par le mari elle ajoute une sûreté réelle. Son engagement se rapproche beaucoup de celui d'une caution réelle.

Elle peut également passer cet acte en faveur d'un de ses créanciers personnels. Les sûretés réelles sont les meilleures. Si la femme ne possède pas d'immeubles propres, cette garantie sera fort appréciée par ses créanciers.

Enfin, mais c'est un cas qui se présente rarement en pratique, la femme peut stipuler en faveur d'un tiers. Elle jouera alors le même rôle que vis-à-vis de son mari.

B. — La femme peut consentir une renonciation pure et simple. Elle se prive en faveur d'une personne du droit d'exercer contre elle son hypothèque légale. La personne qui a obtenu cette renonciation se trouve dans la même situation que si la femme n'avait point d'hypothèque.

La femme peut consentir une interversion de rang. Elle transmet à une autre personne son rang hypothécaire. Elle consent à être primée par un autre créancier du mari qui ne vient qu'après elle.

Enfin la femme peut consentir une subrogation à son hypothèque. Elle transmet pleinement à une autre personne le bénéfice de son hypothèque légale. Le tiers subrogé exerce à la place de la femme les droits hypothécaires de celle-ci.

Cette dernière classification paraît d'une simplicité remar-

quable. En présence d'une stipulation quelconque, il paraît très facile de la ranger dans l'une ou l'autre de ces catégories et, par suite, de savoir quels effets cette convention va produire. Ce serait s'abuser étrangement. Rien n'est plus difficile, au contraire. Les contestations sont fréquentes, le nombre des décisions judiciaires le prouve. Quelle a été l'intention des parties ? Quel est leur intérêt ? Toutes ces considérations entrent en jeu, et c'est une grave et obscure question pour nos tribunaux que celle de savoir si tel pacte comporte une interprétation large ou une interprétation étroite.

Ayant ainsi donné une première idée de ce que sont ces conventions, voyons comment elles vont fonctionner, voyons le résultat obtenu. Nous avons constaté que l'hypothèque légale de la femme mariée présentait de graves inconvénients, que le mari en quête de capitaux trouvait dans l'hypothèque de sa femme un obstacle presque insurmontable à la réussite de ses démarches, que, d'autre part, les acquéreurs d'immeubles soit du mari, soit de la communauté, avaient grand intérêt à éteindre à peu de frais le droit de suite de la femme, qu'enfin les procédés prévus par la loi étaient insuffisants. Les conventions que nous venons d'esquisser à grands traits répondent-elles à ces besoins, remplissent-elles le but que l'on se proposait d'atteindre ? Il est aisé de s'en convaincre.

Le capitaliste qui refusait ses capitaux dans la crainte de se voir primé par la femme, de se voir ainsi enlever le gage sur lequel il comptait, n'éprouvera aucune répugnance à prêter sur hypothèque au mari si la femme consent, soit à ne pas exercer contre lui son hypothèque, soit même, dans le cas d'autres créanciers hypothécaires, à lui en transmettre le bénéfice. Un bon placement sur hypothèque est pour lui aussi sûr que l'achat d'un immeuble, et le remboursement de l'argent prêté est assuré, — en supposant, bien entendu, que la femme ait des reprises suffisantes à exercer. En effet, qu'il n'y ait point de créanciers hypothécaires autres que la femme, ou qu'il y en ait, selon l'une ou l'autre de ces conventions, le résultat sera le même. Le prêteur sera colloqué à l'ordre au rang de la femme, c'est-à-dire presque toujours au premier rang. Et ceci nous conduit à dire que, grâce à ces conventions, le mari peut retrouver un crédit perdu. Si, en effet, nous sup-

posons ses immeubles déjà grevés d'hypothèques pour la totalité de leur valeur, il est certain que, dans ce cas, le mari ne trouvera pas de prêteurs, car ceux-ci auront la certitude de ne point rentrer dans leurs fonds. Mais que la femme ait des reprises à exercer, qu'elle subroge le prêteur dans son hypothèque légale, et il consentira au prêt puisqu'il n'a plus de motifs de craindre pour son argent, puisqu'il viendra à l'ordre jusqu'à concurrence du moins des droits hypothécaires de la femme, au rang de cette dernière, c'est-à-dire généralement au premier. Mais, devons-nous ajouter immédiatement en sens inverse, ce crédit sera obtenu au détriment de la femme qui, par cette stipulation, voit s'évanouir ses chances d'être indemnisée de sa créance.

L'acheteur, s'il ne craignait pas de perdre son argent puisqu'il lui était possible de recourir à la purge, pouvait être arrêté par les frais, les lenteurs et les ennuis de cette procédure. D'autre part, il se trouvait exposé à une éviction. Une simple renonciation à son hypothèque consentie par la femme fera disparaître tous ces ennuis, du moins quant à la femme. L'acheteur n'aura ni frais à faire (tout au plus ceux d'un acte notarié), ni procédure longue à suivre, ni crainte de la surenchère du dixième. Le mari, de son côté, pourra immédiatement toucher le prix de la vente. La femme ne sacrifie pas alors complètement ses intérêts. D'abord, nous verrons qu'elle conserve son droit de préférence sur le prix, ensuite son hypothèque légale sur les autres immeubles du mari.

Le rôle de ces conventions est donc considérable. Grâce à elles, non seulement les inconvénients de l'hypothèque légale disparaissent, mais des avantages surgissent. L'hypothèque pouvait diminuer jusqu'à l'anéantir le crédit du mari : les pactes sur l'hypothèque le restaurent. Grâce à eux, loin d'être une gêne, une entrave, une ruine du crédit marital, elle devient au contraire pour le mari un instrument incomparable de crédit lui facilitant les actes de disposition, l'obtention de capitaux.

Jusqu'à présent, nous n'avons considéré ces conventions que comme intervenant soit au profit d'un créancier du mari, soit au profit d'acquéreurs d'immeubles. Ce sont en effet les situations les plus fréquentes, les personnes en faveur des-

quelles se passent le plus souvent ces conventions. Nous serions incomplet si nous oublions de montrer l'intérêt que peut avoir la femme à recourir à ces stipulations en son profit exclusif. Sans aucun doute, la situation n'est plus la même. La convention n'a plus le même intérêt. Quelle peut cependant en être l'utilité ? Elle n'apparaît pas immédiatement. En effet, les créanciers de la femme sont protégés par l'article 1166 du Code civil. Ils peuvent exercer les droits et actions de la femme qui ne sont pas exclusivement attachés à sa personne. Ils vont donc pouvoir exercer son action hypothécaire ; et dès lors, à quoi bon une convention sur l'hypothèque légale ? Ce contrat, cependant, ne restera pas sans effet, et les créanciers de la femme y trouveront cet avantage : en vertu de l'article 1166 du Code civil, ils viennent tous en concours, tandis que celui ou ceux d'entre eux qui ont été subrogés à l'hypothèque légale viennent par préférence aux autres créanciers, ne sont pas soumis à la loi du concours. Par conséquent, de même que pour le mari, nous pouvons tirer de ce fait cette conséquence que le crédit de la femme va, lui aussi, se trouver également augmenté.

Ces conventions jouent donc un rôle économique considérable, d'autant plus considérable à l'époque actuelle que la circulation des capitaux est plus active. Mais si l'hypothèque légale devient ainsi un instrument incomparable de crédit, il faut bien avouer que ce résultat est obtenu au préjudice de la femme qui se prive, par une simple signature, des protections que la loi lui avait accordées. Nous voilà donc bien loin du but que le législateur s'était proposé en accordant à la femme une hypothèque légale. Si le désir s'explique, chez les créanciers et acquéreurs du mari, d'obtenir de la femme une renonciation ou une subrogation à son hypothèque légale, s'il est naturel que les créanciers de la femme aient la volonté d'acquérir une garantie supplémentaire, il n'en est pas moins vrai que de telles conventions ne sont pas du tout compatibles avec les idées qui ont servi de base à l'hypothèque légale de la femme. Cette hypothèque, nous l'avons vu, a été instituée pour sa protection, parce qu'elle était souvent dans l'impossibilité de l'exiger, et l'on permettrait, après lui avoir donné une protection si étendue, de l'anéantir, de l'abandonner avec la seule

autorisation du mari, intéressé le plus souvent à cet abandon ! Aussi, beaucoup d'auteurs niaient au début la validité de ces conventions. Ils tiraient argument de l'article 2140 *in fine* du Code civil : la loi défend la renonciation à l'hypothèque légale. Cette règle est d'ordre public, car *reipublicæ interest mulierum dotes salvas esse*. Or, l'article 6, même code, défend de déroger aux mesures intéressant l'ordre public que la loi a établies. Donc, ces conventions sont nulles et illégales. De plus, ajoutaient-ils, l'hypothèque légale n'est pas seulement une mesure de protection pour la femme. « Elle est établie aussi dans l'intérêt sacré de la famille. Elle doit être exclusivement attachée à cet intérêt, et il doit être défendu à la femme d'en faire la cession à un tiers sous quelque forme que ce soit. » LA FERRIÈRE, *Revue de droit français et étranger*, t. V, p. 690.) La loi, d'ailleurs, dans les articles 2145, 2146 du Code civil, exige pour la simple réduction de l'hypothèque des formalités compliquées : consentement de la femme, avis de l'assemblée de famille, avis du procureur de la république, jugement. Ne serait-elle pas inconséquente si, non plus pour une simple réduction, mais une cession ou une renonciation peut-être totale, la femme était dispensée de toutes ces formes et soumise seulement à la nécessité de l'autorisation maritale ?

Cette argumentation fort séduisante, très protectrice des intérêts de la femme a malheureusement un point de départ erroné. L'article 2140 dit simplement ceci : « Dans le contrat de mariage... il ne pourra être convenu qu'il ne sera pris aucune inscription. » L'article ne s'occupe donc nullement des conventions relatives à son hypothèque que la femme peut passer avec les tiers. Il ne vise que la renonciation qui priverait définitivement la femme de son hypothèque en affranchissant l'immeuble du mari. Or les conventions dont nous nous occupons ne libèrent pas l'immeuble et n'empêchent pas l'hypothèque d'être exercée. Elles changent seulement le bénéficiaire de la collocation et donnent à la femme un rang plus éloigné. Ce n'est donc pas ce qu'a prévu l'article 2140, et, dès lors, aucun texte n'étant applicable, c'est le droit commun qui doit nous donner la solution.

La femme mariée n'est pas incapable de contracter. Mais il lui faut, pour pouvoir le faire, l'autorisation de son mari ou

de justice. Autorisée, elle peut contracter toutes les obligations, donner tous les consentements que la loi ne lui interdit pas. (Art. 1123, 1124 C. civ.) On trouve la confirmation de cette règle dans l'article 1431 du Code civil : « La femme qui s'oblige solidairement avec son mari... n'est réputée s'être obligée que comme caution. Elle doit être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée. » Si donc la femme commune en biens peut s'engager solidairement envers des tiers, et si ce pouvoir ne peut être limité que par un texte formel, suivant l'article 1124 du Code civil, comme il n'existe aucun texte interdisant à la femme de passer ces conventions, il faut donc admettre que la femme a pleine capacité pour y consentir.

De plus, ainsi que l'établit péremptoirement M. Beudant (*Revue critique*, année 1866, p. 32), les règles positives de notre droit ne prouvent-elles pas amplement la légalité de ces conventions ? D'après les articles 217, 218, 220 du Code civil, la femme peut s'obliger personnellement ; d'après l'article 1431 du Code civil, la femme peut cautionner son mari et se constituer débitrice solidaire avec lui ; or, en s'obligeant ainsi, elle oblige tous ses biens mobiliers et immobiliers présents et à venir. Il ne peut donc lui être interdit d'engager et dès lors d'exposer ses reprises comme tout autre élément de sa fortune. Ses créanciers, sans convention spéciale, par la seule application des principes du droit commun, peuvent saisir et faire vendre sa fortune, exercer ses actions (art. 1166 C. civ.), et par suite, son hypothèque. Pourquoi donc, puisqu'il n'y a dans nos lois aucun texte analogue au sénatus-consulte Velleïen, tenter de démontrer que la femme ne peut faire directement ce qu'elle peut faire indirectement, c'est-à-dire abdiquer pendant le mariage ses sûretés hypothécaires, les céder ou y subroger ?

On a cependant répondu avec beaucoup de force que quand la femme s'oblige, par exemple, solidairement avec son mari, ou conjointement avec lui, dans le premier cas elle est réputée ne s'être engagée que comme caution, elle a un recours pour le tout contre son mari quand elle a été obligée de payer ; dans le second cas, ce recours est de moitié. Or, c'est précisément lorsque la femme est créancière du mari, et pour assurer l'efficacité du recours que l'utilité de l'hypothèque légale apparaît : ce n'est pas évidemment quand elle

est propriétaire à la fin de la communauté, puisque alors elle n'a pas à craindre le concours d'autres créanciers. On peut très bien concevoir la faculté d'aliéner des biens laissés à la femme, sans être nécessairement amené à lui reconnaître la faculté de se dépouiller de ses garanties hypothécaires. La réponse est facile : sans doute, ces considérations sont justes en soi, sans doute la protection que mérite la femme doit retenir l'attention, mais tout cela est du domaine législatif. Nous avons en cette matière une loi formelle, la loi du 23 mars 1885, qui a sanctionné la cession d'hypothèque légale. Cette loi a d'ailleurs fait cesser toutes les hésitations, toutes les contestations. La femme mariée, sous tous les régimes, excepté sous le régime dotal, peut librement abdiquer cette ultime garantie que la loi lui donne. Peut-être l'hypothèque légale deviendrait-elle ainsi plus utile ; toujours est-il que les rédacteurs du Code civil n'ont nullement songé à cette destination.

La question de légalité est résolue. L'ère de la controverse semble peu à peu se fermer. Quelle est la nature juridique de ces conventions ? Quels effets produisent-elles ? Aucun texte ne le dit. OEuvre des praticiens, elles sont nées des circonstances, des besoins économiques et se sont développées lentement en dehors des textes. Nulle part, elles ne sont nettement définies et réglementées, sauf peut-être l'une d'elles, par la loi du 13 février 1889. Les textes de la matière sont : Le décret du 28 février 1852, complété par la loi du 10 juin 1853, qui en indique incidemment une application (art. 8 et 20) ; la loi du 23 mars 1855, qui ne s'en occupe que pour les assujettir à certaines conditions de formes et de publicité réclamées depuis longtemps par l'expérience ; enfin, la loi du 13 février 1889 qui réglemente dans sa forme et dans ses effets un contrat : la renonciation au profil du tiers acquéreur.

HISTORIQUE

Si, ainsi que nous l'avons déjà indiqué, l'étude du droit romain et de notre ancien droit ne nous apporte pas une base solide d'interprétation, il est néanmoins utile, et à deux points de vue, de passer en revue les institutions anciennes analogues à celles que nous étudions : d'abord, parce qu'on se rend ainsi compte de l'utilité qu'offre à un créancier hypothécaire la possibilité de se servir de son hypothèque comme moyen de crédit ; ensuite, parce que, sur certains points, l'étude historique est susceptible d'aider à trancher des controverses. Nous étudierons dans une section première le droit romain, dans une section deuxième l'ancien droit français, et enfin dans une section troisième la législation du Code civil.

SECTION PREMIÈRE

Droit romain.

Les Romains connaissaient trois institutions ayant une affinité plus ou moins directe avec les pactes relatifs à l'hypothèque. Pour le moment, nous envisageons la subrogation à toute espèce d'hypothèque appartenant à un créancier quelconque : c'étaient le *pignus nominis*, le *pignus pignoris*, la *remissio pignoris*.

Nous serons brefs sur les deux premières institutions : si les Romains, en effet, ont entrevu la possibilité pour un créancier hypothécaire de tirer parti de son hypothèque, il résulte clairement des textes qu'ils n'ont pas poussé bien loin cette notion. Au contraire, la dernière institution, la *remissio pignoris*, était fort en usage chez eux, et pour le point spécial qui nous occupe, la *remissio* consentie par une femme mariée, nous trouvons un certain nombre de textes dont l'étude sera instructive et intéressante.

Par le *pignus nominis* le débiteur donnait en gage à son propre créancier la créance qu'il avait contre un tiers : *Si convenerit ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a prætore hæc conventio...* Le *pignus nominis* correspondait au gage de notre droit civil, mais avec deux différences principales : 1° Le *pignus nominis* se forme par la seule convention, même à l'égard des tiers ; le nantissement des créances exige au contraire pour sa validité l'accomplissement de certaines formalités (art. 2075 C. civ.) ; 2° le *pignus nominis* donne au créancier qui l'a obtenu le double droit, à son choix, ou de vendre le *nomen*, ou d'en demander le paiement : cette deuxième partie de l'alternative est au contraire discutée en droit français.

Le *pignus nominis* fait donc acquérir au sous-créancier le *jus exigendi* et le *jus vendendi*.

Le *jus exigendi*, c'était le droit pour le *secundus creditor* de réclamer au débiteur primitif le paiement de la créance donnée en gage. Ce droit variait suivant que la créance impignorée avait pour objet un corps certain ou une somme d'argent. Si l'objet de la créance était un corps certain, le sous-créancier pouvait en exiger le paiement du débiteur et ce dernier s'acquittait valablement entre ses mains. Le *secundus creditor* détenait le corps certain *pignoris loco*, c'est-à-dire qu'il avait sur lui un véritable droit de gage et non un simple droit de rétention. Si l'objet de la créance était une somme d'argent, le sous-créancier avait le droit d'en toucher le montant et de se l'attribuer en paiement jusqu'à concurrence de ce qui lui était dû : *Si ergo id nomen pecuniarium, exactam pecuniam tecum pensabis ; si vero corporis alicujus, id, quod acceperis, erit tibi pignoris loco*. L. 18^o pr. D. de pign. act. XIII fr. 7).

Le *jus vendendi* complétait les effets du *jus exigendi*, qui, dans certains cas, pouvaient ne pas suffire à sauvegarder les intérêts du sous-créancier. En effet, si la créance hypothécairement affectée à l'acquit de l'obligation du débiteur était une créance à terme, le *secundus creditor* pouvait avoir besoin de ses fonds avant l'arrivée du terme. Or il ne pouvait exiger le paiement de la créance avant la date fixée. Le *jus vendendi* lui permettait de faire argent de la créance impignorée avant l'arrivée du terme. Il avait le droit de la vendre soit à l'amiable, soit aux enchères. L'exercice du *jus vendendi* pouvait avoir des conséquences fâcheuses pour le débiteur. Une créance à terme se vend pour un prix inférieur à son montant. Le *secundus creditor* pouvait-il exercer ce droit à tout moment ? N'était-il pas astreint à certaines formalités ? Si les parties s'étaient expliquées à cet égard, on respectait leur convention. En l'absence de toute stipulation le *secundus creditor* pouvait, à l'origine, vendre la créance immédiatement ; sous Justinien qui réglementa la matière, il ne pouvait la vendre qu'après une *denuntiatio* faite au débiteur primitif et un délai de deux ans.

Si le *pignus nominis* était la mise en gage, l'hypothèque de

la créance, le *pignus pignoris* était une sous-hypothèque sur l'objet déjà hypothéqué. Le débiteur, conservant le bénéfice de l'action personnelle contre son propre débiteur, affectait par hypothèque la chose qui lui avait été hypothéquée à lui-même, dans la limite du droit qu'il avait acquis sur elle : « *Cum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit.* » La deuxième hypothèque est ainsi établie sur le même objet que la première, mais en sous-ordre. Les effets de cette convention nous sont signalés par les textes sous un double aspect : 1° Le créancier qui a reçu le *pignus pignoris* est substitué par le moyen d'actions utiles, comme un cessionnaire ou un mandataire *in rem suam* au premier créancier hypothécaire qui lui a consenti ce *pignus* en sous-ordre, pour exercer les droits résultant de la chose hypothéquée ; 2° si le propriétaire paie la dette pour laquelle sa chose est directement obligée, l'hypothèque primitive s'éteint par cela même et avec elle disparaît le *pignus pignoris*, car le propriétaire ne peut voir sa situation s'aggraver par un pacte intervenu entre le créancier hypothécaire et un tiers qu'il ne connaît pas. (L. 40, § 2 ss., De pign. act., XXIII 7 ; L. 13, § D. De pign. et hyp. XX, 1 ; L. 14, § 3 D, De div. temp. præsc., XLIV 3 ; titre au Code Si *pignus pignori*...)

Dans les deux cas, *pignus pignoris* ou *pignus nominis* les droits du sous-créancier étaient en outre garantis par la règle suivante : le débiteur primitif ne pouvait plus payer qu'entre les mains du sous-créancier à partir de la *denuntiatio* à lui faite du *pignus nominis* ou du *pignus pignoris*. C'est ce qui résulte nettement de la loi 4 au Code : *Quæ res pign. obligari possunt*, VIII, 17).

S'il y avait plusieurs sous-créanciers, une question se pose : Dans quel ordre vont avoir lieu les paiements ? La réponse est facile : on appliquera la règle : *prior tempore potior jure*, qu'il faut entendre en ce sens : la date des conventions règle l'ordre des paiements. Il n'y a pas, en effet, à tenir compte de ce fait qu'un ou plusieurs sous-créanciers auraient fait des *denuntiationes* dans un ordre différent de celui que leur fixait la date de leur convention. La *denuntiatio* n'avait aucun effet au point de vue du droit de préférence. Les Romains n'ont jamais songé à établir en matière hypothécaire un système de publicité.

Une question très controversée, et que nous ne pouvons qu'indiquer ici, est celle de savoir si le *pignus pignoris* équivalait au *pignus nominis*, celui-là comportant comme celui-ci hypothèque sur la créance même. Certains auteurs, les plus nombreux, pensent que les deux opérations n'en faisaient qu'une, et n'avaient de différent que le nom. La loi 13, § 2 D. *de pign. et hyp.*, XX, 1, suppose, disent-ils, si bien cette identité que, s'occupant du *pignus pignoris* (... *cum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit...*), elle résout la question posée en parlant du *pignus nominis* : *si quidem pecuniam debet is cuius nomen pignori datum sit*, etc... Mais d'autres auteurs différencient au contraire le *pignus nominis* du *pignus pignoris*. Cette conception leur paraît commandée « moins par le texte fondamental précité, qui est obscur, que par la nécessité logique de distinguer nettement du *pignus nominis* où l'on hypothèque la créance avec tous ses accessoires, le *pignus pignoris* où l'on hypothèque seulement l'hypothèque, où l'on engage uniquement le droit déjà constitué sur la chose hypothéquée » (GIRARD, *Droit romain*, p. 768, n. 3), ainsi que cela a lieu, comme nous le verrons dans les sous-ordres de notre ancien droit, dans les pactes subrogatoires à l'hypothèque.

En tout cas, le résultat était certainement le même : Le sous-créancier obtenait toujours le droit de s'approprier le montant de la créance hypothécaire jusqu'à concurrence de la sienne propre.

La *remissio pignoris* consiste dans la renonciation par un créancier gagiste ou hypothécaire non à sa créance elle-même, mais au gage ou à l'hypothèque qui en était la garantie. (L. 3. D, *De pactis*, II, 14.) Elle pouvait être expresse ou tacite ; expresse, elle résultait du *pactum remittendi pignoris* qui intervient entre le créancier et le propriétaire de la chose engagée ou hypothéquée. Ce pacte était bien connu en droit romain, et il en est question dans un grand nombre de textes : Citons notamment : L. 9, § 3, D, *De pign. act.*, XIII, 7 ; L. 23, *Code de pign. et hyp.*, VIII, 14. Tacite, elle suppose encore et nécessairement le consentement du créancier, mais ce consentement n'est pas formellement exprimé ; il s'induit des faits. Tels sont, par exemple, la remise de l'écrit constatant la con-

vention d'hypothèque ; le consentement du créancier à l'aliénation de la chose hypothéquée (*creditor qui permittit rem venire pignus dimittit*. L. 158, D, *De reg. juris*, L. 17) ; le consentement du créancier à une nouvelle obligation hypothécaire de la chose hypothéquée.

La *remissio pignoris* rend libre la chose du constituant. L'hypothèque cesse de vivre. Mais cette extinction est-elle absolue ou relative ? ou, pour suivre la terminologie ordinaire des jurisconsultes romains, est-elle *in rem* ou *in personam* ? Nous avons sur ce point trois textes principaux : L. 12, § 4, D. *qui potiores in pign.*, XX, 4, de Marcien ; L. 12, pr. D. *Quibus mod. pig.*, XX, 6, de Paul : L. 9 § 1. D. *Quibus mod. pig.*, XX, 6, de Modestin.

Il y a contradiction apparente ou véritable entre ces trois fragments dont les deux derniers exigent l'effet absolu, tandis que le premier admet l'effet relatif. Les deux jurisconsultes, Marcien et Paul, sont en dissentiment en ce sens que Paul pose un principe général ou une présomption de droit commun là où Marcien ne voit qu'une question de fait. Et cependant la solution et la conciliation ne se trouvent-elles pas dans le texte même de Marcien : *Erit facti quæstio agitanda, quod inter eos actum sit*. Il faut se demander si, d'après les termes de la nouvelle constitution hypothécaire à laquelle le premier créancier a donné son adhésion, il a entendu renoncer complètement à son hypothèque : *Ut discedabatur ab hypotheca in totum*, ou seulement renoncer à son rang en faveur du nouveau créancier : *Ut prior creditor secundo loco constitutur*. Les textes de Paul et de Modestin se placeraient uniquement dans une espèce ne comportant que la première interprétation, c'est-à-dire une extinction absolue. Enfin, si la contradiction existe, si, par suite, il faut choisir entre l'opinion de Marcien d'une part, et celle de Paul et de Modestin d'autre part, nous préférons adopter la solution de Marcien pour deux motifs : Le premier, c'est qu'elle répond mieux au caractère de la *remissio pignoris* variable le plus souvent avec les faits et l'intention des parties ; le second, c'est que nous trouvons des textes qui supposent une extinction relative du *pignus*. (L. 16, D. *Qui pot.* XX. 4 ; L. 8, § 9. D. *Quibus mod.* XX. 6.)

Ayant ainsi indiqué quelles étaient les institutions juridi-

ques auxquelles les Romains pouvaient recourir en matière d'hypothèque, nous allons maintenant les étudier au point de vue plus spécial du sujet que nous traitons. Mais auparavant, il est nécessaire d'indiquer brièvement quels étaient à Rome les droits hypothécaires des femmes mariées, et les restrictions que le droit romain avait apportées à la capacité juridique de la femme.

Les règles du droit romain, quant aux garanties accordées à la femme pour la restitution de sa dot, ont beaucoup varié. Dans l'ancien droit, la femme n'avait aucune garantie de restitution. (*Aulu-Gelle* 4. 3. 1 : *Memoria traditum est, quingentis fere annis post Romam conditam, nullas rei uxoriæ neque actiones neque cautiones in urbe Roma aut in Latio fuisse.*)

Le nombre des divorces, peu élevé au début, se multipliant, le nombre des femmes rendues libres à l'âge normal du mariage devenant plus élevé, on pensa à leur faciliter un second mariage, et on eut l'idée de leur procurer les ressources nécessaires pour cela en leur permettant de réclamer la dot qui les avait mises à même de contracter le premier. En même temps, pour mieux assurer la restitution, on restreignit les pouvoirs du mari sur la dot (*Loi Julia de fundo dotali* ; *Loi Julia de adulteriis*). Jusqu'à Justinien, la dot avait pour garantie légale un privilège attaché à l'action *rei uxoriæ*. En outre, des sûretés conventionnelles pouvaient être accordées à la femme, par exemple une hypothèque sur les biens du mari. Celui-ci donnait aussi des fidéjusseurs qui garantissaient la restitution de la dot ; mais cet usage fut formellement interdit par une constitution de l'an 381 renouvelée par Justinien en 530. (LL. 1 et 2 Code, *Ne fidej. vel mand. dot.*, V, 20.) Nous n'insisterons que sur le privilège accordé à la femme.

Ce privilège attaché à l'action *rei uxoriæ* était un *privilegium inter personales actiones*, ne donnant de préférence que contre les créanciers chirographaires du mari, mais qui, en réalité, lui permettait beaucoup plus par suite de sa combinaison avec la loi Julia. Ce privilège était d'ailleurs personnel, non transmissible aux héritiers. Il permettait à la femme de passer avant les créanciers ordinaires sur ce qui reste après les créanciers hypothécaires satisfaits, d'être remboursée de

sa créance de la dot quoique le mari soit insolvable, si les biens dotaux sont restés libres entre les mains du mari ou s'il reste dans le patrimoine de celui-ci, une valeur quelconque égale au montant de sa créance. Mais en vertu de la loi Julia, la femme dont la dot consistait en un immeuble trouvera toujours dans le patrimoine de son mari l'immeuble à l'aliénation duquel elle n'a pas consenti. Si le mari, pour ne pas le livrer, a invoqué la nullité, elle le retrouve en nature et usera utilement de son privilège contre les créanciers. Si le mari l'a remis au tiers acquéreur, l'immeuble est représenté dans son patrimoine par une action en revendication qu'elle pourra exercer par préférence aux autres créanciers. (GIRARD, *loc. cit.* pp. 952, 953.)

Justinien apporta à ce régime des changements considérables : il a généralisé l'obligation de restituer, il l'a renforcée, il a restreint les pouvoirs du mari sur la dot.

1° Par la loi 30 au Code, *de jure dot.* V. 12 (an 529), la femme obtient :

- a) Une hypothèque légale privilégiée sur les *res dotales* ;
- b) Le droit de revendiquer les choses dotales ;

2° Par la loi u. au Code, *De rei ux. act.* V. 13 (an 530), une hypothèque générale est accordée à la femme sur les biens du mari pour la restitution de la dot, et même (L. 11 *in med. C. De pact. conv. tam super dote.* V. 14) pour les créances paraphernales que le mari aurait touchées. Le § 15 de cette loi interdit à la femme de renoncer à son hypothèque légale au moins dans certaines limites que nous déterminerons plus loin ;

3° Par la loi 12 au Code, *qui potiores*, VIII, 18 (an 531), Justinien transforme l'hypothèque générale en une hypothèque générale privilégiée préférable aux autres hypothèques même antérieures au mariage. C'est la célèbre constitution *Assiduis* qui ruinait, a-t-on dit, le crédit des célibataires après celui des hommes mariés. Néanmoins cette garantie ne s'applique qu'à la dot et non aux donations *ante nuptias*.

Ceci posé, est-il permis aux femmes de passer des conventions relatives, soit à leur hypothèque légale, soit aux hypothèques conventionnelles qu'elles peuvent avoir stipulées ? S'il y a des restrictions apportées au droit commun, cela peut tenir,

soit à la faveur spéciale de la dot, entourée par les textes de tant de soins vigilants : *Reipublicæ interest...* et à la nature de la garantie accordée à la femme, soit à la législation restrictive de la capacité juridique de la femme, de son intervention dans les actes juridiques. Nous sommes donc amenés à exposer sommairement la condition de la femme romaine quant à sa vie juridique.

L'incapacité fut, à Rome, l'état juridique de la femme. Le sexe seul en fut la cause et non la condition dépendante où la jeune fille se plaçait par suite du mariage.

La tutelle perpétuelle des femmes dans l'ancienne Rome protégea pendant de longs siècles la prétendue faiblesse du sexe, la *rerum forensium imperitia*. Toute tutelle qui, au début, commença par être organisée sur le type des puissances romaines, sous la forme d'un droit pur et simple reconnu sans contrepoids au tuteur dans son propre intérêt, se modifia profondément dans sa nature et devint une charge imposée au tuteur dans l'intérêt de la personne en tutelle. La tutelle de la femme ne put se plier à l'évolution qui a transformé la tutelle de *potestas* en *munus* parce que ce changement de point de vue lui a fait perdre sa raison d'être. Cette tutelle, avec la dissolution des mœurs, devint illusoire et disparut de bonne heure.

Avec la disparition de la tutelle disparaissait pour les femmes l'incapacité de s'engager par contrat. Allaient-elles devenir pleinement capables ? Nullement. La tendance générale du droit romain a été de restreindre la capacité juridique des femmes soit pour des motifs de protection *propter animi levitatem* (GAIUS, 1, § 4), soit pour des motifs de convenances sociales (L. 2, § 1, D. *Ad. S.-C. Vell.*, XVI, 1), soit pour des motifs politiques. (Loi Voconia.)

L'intervention de la femme dans les actes juridiques occupe dans l'histoire du droit une place considérable. A ce propos, nous trouvons dans le sénatus-consulte Velleïen la marque de l'esprit général du droit romain.

Le sénatus-consulte Velleïen, rendu sous Claude, en l'an 46 après J.-C., est le développement d'une idée contenue dans les édits d'Auguste et de Claude qui défendaient aux femmes d'intercéder pour leurs maris et que la jurisprudence

postérieure avait déjà tenté de généraliser. Il étendit la prohibition à toute femme, mariée ou non. Désormais, défense fut faite à la femme de s'obliger pour autrui, d'intercéder, et la sanction de cette défense est très grave : c'est la nullité de l'obligation, nullité à ce point absolue qu'il ne se forme même pas d'obligation naturelle. (L. 8, § 3. *D. ad. S.-C. Vell.*, XVI, 1.)

Qu'est-ce donc qu'une intercession ? Dans un sens large, intercéder, c'est « aller trouver un débiteur et se joindre à lui pour partager la charge de sa dette ou se substituer à lui pour le libérer ». Mais cela ne suffit pas pour que le sénatus-consulte s'applique. Il faut en outre que, selon la formule de M. Girard, « la femme se soit engagée avec une idée de recours », de sorte que les conditions que doit réunir une intercession pour tomber sous le coup du Velleïen sont les suivantes :

1° Il faut que la femme s'oblige ou engage ses biens. Si elle aliène, le sénatus-consulte ne s'applique pas car *facilius se obligat quam alicui donat*. (L. 4, § 1. *D. ad. S.-C. Vell.*, XVI, 1) ;

2° Il faut qu'elle s'oblige pour autrui, et dans l'intérêt d'autrui. Il n'y a pas intercession quand la femme s'oblige pour sa dette propre ;

3° Il faut que la femme soit intervenue avec une idée de recours, car c'est alors surtout qu'elle est exposée à se faire des illusions sur les conséquences de l'acte, qu'elle court risque d'être victime de son inexpérience. Le sénatus-consulte ne s'applique donc pas quand l'acte constitue une donation ;

4° Enfin l'intercession faite avec intention de recours échappe à l'application du sénatus-consulte dans certains cas où le créancier paraît plus digne d'intérêt que la femme. Par exemple, l'application du sénatus-consulte est écartée par le dol de la femme ou, même sans cela, par l'erreur excusable du créancier.

L'incapacité velleïenne n'était pas établie dans l'intérêt de la femme. C'était une mesure d'ordre public. Dès lors toute renoncation au bénéfice du Velleïen était impossible.

Justinien modifie le sénatus-consulte Velleïen et déclare nulle toute intercession de la femme au profit du mari afin d'assurer la conservation de la dot dans l'intérêt de la famille.

Sous sa législation, la femme peut intercéder pour tout le monde excepté pour son mari. Il n'était peut-être pas juste de considérer le mari comme un tiers plus dangereux qu'un étranger ; mais, d'un autre côté, il y avait à craindre l'empire qu'il pouvait exercer sur sa femme. Faite au profit d'un tiers, l'intercession sera valable à condition :

1° Que la femme l'ait réitérée après deux ans d'intervalle ;

2° Qu'elle ait déclaré avoir reçu quelque chose pour prix de son intercession :

3° Enfin qu'elle soit faite par acte public.

En faveur du mari, elle est toujours nulle, si ce n'est dans le cas de la novelle 114 quand il est démontré que l'argent a été employé dans l'intérêt de la femme.

Indépendamment de la protection générale accordée par le sénatus-consulte Velleïen, nous trouvons aussi, en la matière, un certain nombre de prohibitions d'une portée moins grande, mais qui, néanmoins, peuvent devenir un obstacle à la validité des conventions passées par la femme relativement à son hypothèque : telles sont l'interdiction des donations entre époux, la loi Julia de *fundo dotali*.

Ayant ainsi examiné d'une façon générale la doctrine romaine sur la capacité juridique de la femme, nous allons l'examiner sur la question spéciale qui nous occupe.

Les jurisconsultes romains connaissaient la renonciation à l'hypothèque légale. La nature de la *remissio pignoris* ne peut constituer un obstacle à la capacité de la femme. Elle n'est ni une donation, ni une intercession.

Elle ne constitue pas une donation. En effet, la donation n'existe pas par cela même qu'il est fait un acte à titre gratuit. Il faut non seulement la *liberalitatis causa*, mais encore enrichissement de l'une des parties et appauvrissement simultané de l'autre. La femme qui renonce à son hypothèque ne s'appauvrit pas et elle n'enrichit pas le débiteur. La dette subsiste. C'est ce que les jurisconsultes romains avaient décidé. Ils considéraient cette renonciation comme une aliénation pure et simple. *Et si pignus vir uxori, vel uxor viro remisit : verior sententia est nullam fieri donationem existimantium*. L. 18 D. *Quæ in fraud. cred.*, XLII, 8.)

Elle n'est pas une intercession. Il n'y a pas en effet d'obli-

gation de la part de la femme. Elle n'engage aucun de ses biens. Elle éteint purement et simplement un droit, elle ne promet rien pour l'avenir. D'autre part, aucune obligation conditionnelle d'indemnité n'est contractée envers elle. Aussi des textes positifs en proclament la validité : *Quamvis pignoris datio intercessionem faciat*, dit Ulpien, *tamen Julianus, lib. 12 Dig. scribit redditionem pignoris, si creditrix mulier rem, quam pignori acceperat, debitori liberavit, non esse intercessionem.* (L. 8 pr. D. Ad. S.-C. Vell., XVI, 1.) Et le Code maintient cette règle : *Etiam constante matrimonio, jus hypothecarum seu pignoris marito remitti posse, explorati juris est.* (L. 11. C., Ad. S.-C. Vell., IV, 29.)

Cette *remissio pignoris* absolue, *in rem*, suivant le langage des jurisconsultes romains, la femme peut donc la consentir soit en faveur de son mari, soit en faveur d'un tiers.

En est-il de même de la renonciation relative, *in personam* ? Ne tombe-t-elle pas sous l'application du Velleïen ? Nous trouvons à ce sujet un texte d'Africain assez embarrassant : *Si mulier dixisset, sibi rem dotis nomine obligatam, et creditor curasset ei pecuniam dotis solvi, qui idem pignus acciperet, mulieri etiam pecunia credita deberetur : si possessor creditor adversus eam serviana actione agentem exciperet, si non voluntate ejus pignus datum esset, replicationem mulieri senatus-consulti non profuturam : nisi creditor scisset etiam aliam pecuniam ei deberi.* (L. 17, § 1. D, Ad. S.-C. Vell., XVI, 1.)

Le texte prévoit le cas où une femme a sur un fonds appartenant à son mari deux hypothèques : l'une pour sa dot, l'autre pour argent prêté. Un tiers accepte une hypothèque sur ce même immeuble. La femme lui révèle l'existence de l'hypothèque dotale, et dissimule celle du prêt. Le créancier, pour plus de précautions, la dot étant restituable, ce qui suppose le mariage dissous, fait restituer cette dot due à la femme. Le créancier se croit donc au premier rang. Mais quand il se trouve en possession de l'immeuble, la femme, qui n'avait pas révélé l'existence du prêt, intente contre lui l'action servienne. Secundus fait insérer dans la formule une exception : *si non voluntate ejus pignus datum esset*. La femme répond par la *replicatio senatus-consulti Velleïani*. Cette réplique assurera-t-elle le triomphe de la femme ? Non, dit Africain, car

le créancier répondra par une *duplicatio doli* et le Velleïen ne protège pas les femmes coupables de dol. Mais si le créancier avait eu connaissance de la seconde hypothèque, le Velleïen recevrait son application. En effet, le créancier n'aurait pas ignoré l'intercession. C'est donc qu'en principe, et en dehors de la circonstance de fait révélée dans le texte, toute cession de priorité — car le texte ne prévoit pas autre chose qu'une cession de priorité — est nulle comme contraire au sénatus-consulte Velleïen. Cette décision est d'ailleurs conforme à l'esprit du sénatus-consulte : « La femme qui renonce à son rang en faveur d'un autre créancier n'aliène rien, mais elle oblige en quelque sorte envers ce créancier le bien qui lui a été donné en gage, ce qui est tout autant une intercession que si elle obligeait son propre bien ou si elle s'obligeait elle-même... En ne cédant que son rang, la femme s'expose pour l'avenir à un préjudice éventuel dont elle ne peut mesurer l'étendue. » (GIDE, *Condition de la femme mariée* , p. 156.)

Supposons maintenant que la femme renonce à son hypothèque légale au profit d'un tiers acquéreur. Les jurisconsultes romains admettaient la validité de cette convention. Ils n'y voyaient point une *intercessio* . Nous avons, à cet égard, une décision spéciale à la femme : c'est l'hypothèse du consentement de la femme à une constitution de dot en faveur d'un enfant commun d'un fonds grevé d'une hypothèque au profit de la femme. (L. II, D, *Quib. mod. pig.* , XX, 6.) Le jurisconsulte Paul voit dans ce concours une renonciation de la femme à son hypothèque et n'en conteste pas la validité. Il ne présente pas cette décision comme exceptionnelle et dérogoratoire au droit commun. Rien n'empêche donc de la généraliser, de l'étendre en particulier à l'hypothèse de la renonciation au profit d'un tiers détenteur. La constitution de dot ne renferme-t-elle pas une aliénation ? (DEMANGEAT, *De la condition du fonds dotal* , p. 34.)

Une constitution d'Anastase confirme cette opinion. C'est la loi 21. C. *Ad, S.-C. Vell.* , IV, 29, qu'Accurse résume en quelques mots : *Non debet hæc renuntiatio trahi ad alias personas nec ad alias res nisi de quibus actum est* . Cette constitution, a-t-on prétendu, a pour but de trancher une controverse qui s'était élevée sur la question de savoir si la femme

pouvait renoncer à son hypothèque dans tel cas plutôt que dans tel autre. M. Demangeat, *op. cit.*, p. 33, fait très justement remarquer que rien n'y fait allusion « à des doutes qui se seraient élevés dans la pratique sur la possibilité pour la femme, au cas où le mari vend ou hypothèque à un tiers un bien déjà hypothéqué à la femme de renoncer à cette garantie. » Quoi qu'il en soit, on peut déduire de cette constitution quatre conséquences principales :

1° La renonciation faite *pro uno debitore* ne peut être invoquée par les autres débiteurs qui auraient hypothéqué la même chose ;

2° La renonciation *pro una causa debiti* ne peut être étendue aux autres dettes garanties par une hypothèque sur le même objet ;

3° La renonciation *pro una re* ne libère que cette chose et nullement les autres choses hypothéquées à la même obligation ;

4° La renonciation *pro una credilore debitoris* ne profite qu'à ce créancier et non pas à tous les créanciers du débiteur (ce qui serait une *remissio* absolue).

Ces déductions ont été faites par Cujas.

On voit donc nettement quel a été le but de cette constitution. Elle tranche simplement la question de savoir dans quelles limites la femme peut renoncer. Le législateur n'a eu qu'un but : prohiber les renonciations générales. Il ne veut pas qu'on étende les renonciations en dehors des limites tracées par la convention des parties, à d'autres cas que ceux pour lesquels la femme a donné son consentement. L'usage s'était sans doute introduit de faire donner à la femme une renonciation générale, et des abus s'étaient probablement glissés. (JOURDAN, *Etudes de droit romain*, p. 671.)

Jusqu'à présent, nous n'avons envisagé que le sénatus-consulte Velleïen comme pouvant apporter une limitation à la capacité de la femme de consentir des pactes relativement à son hypothèque. D'autre part, nos explications n'ont porté que sur l'hypothèque conventionnelle que la femme pouvait stipuler comme garantie de sa dot. Les mêmes solutions s'appliquent aux hypothèques légales créées par Justinien. Mais nous avons indiqué qu'indépendamment du Velleïen, la femme

pouvait trouver un autre obstacle venant soit de la nature de la garantie à elle accordée, soit de la protection spéciale accordée aux femmes mariées pour la restitution de leur dot. Justinien, en cette matière, apporta de graves modifications, d'où deux époques à étudier : Avant Justinien et sous sa législation.

I. Avant Justinien.—La femme a comme garanties peut-être des hypothèques conventionnelles, en tout cas le privilège attaché à l'action *rei uxoriæ*.

Nous avons déjà vu que la femme pouvait céder son droit hypothécaire ou y renoncer, sauf une restriction pour la cession de priorité.

Quant à son privilège personnel, la question est plus délicate. Nous entrons dans le domaine des probabilités. Quoiqu'il s'agisse d'un simple droit personnel de préférence, il est probable que, pendant le mariage, la femme n'avait pas la faculté d'y renoncer. Le *privilegium dotis*, en effet, était créé dans un intérêt social. C'était une institution d'ordre public, et, par suite, il était soumis à la règle *privata conventio jure publico non derogat*. (PAUL, *Sent.* I. 1, § 6.) D'autre part, jusqu'à la dissolution du mariage, une loi formelle interdisait aux époux toute modification aux dispositions assurant la restitution de la dot. (L. 12, § 1. D, *De pactis dotalibus*, XXIII, 4.) Dès lors, le pacte par lequel la femme renoncerait à son privilège tomberait sous l'effet de cette loi. Mais lorsque le mariage est dissous lorsque l'action *rei uxoriæ* a pris naissance, la femme peut renoncer à son privilège car la loi 29, D. *de novat.* XLVI, 2, nous dit que la novation de la créance dotale consentie par la femme après son divorce éteint cette garantie : *Perit privilegium dotis, si post divortium dos in stipulationem deducatur*.

II. Législation de Justinien.— Dans la constitution de l'an 530 qui créait au profit de la femme une hypothèque tacite sur tous les biens du mari, Justinien, après avoir déclaré que, désormais, la règle de la loi Julia s'appliquerait *non tantum in italicis fundis sed etiam in provincialibus*, ajoute : *Sed ne et consensu mulieris hypothecæ ejus minuantur, necessarium est et in hac parte mulieribus subvenire, hoc tantum modo addito ut fundum dotalem non solum hypothecæ titulo dare*

nec consentiente muliere maritus possit, sed nec alienare, ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam. (L. u. § 13, Code, de rei uxoriæ, V. 13.) La pensée de Justinien est facile à saisir : Avant cette constitution, les femmes pouvaient librement soustraire les biens de leurs maris soit à l'hypothèque privilégiée de la dot, soit à l'hypothèque générale. Leur consentement suffisait pour valider la vente des biens dotaux et, par suite, elles pouvaient céder leur hypothèque sur ces mêmes biens ou y renoncer. Laisser cette faculté à la femme, c'était rendre inutiles les innovations que Justinien venait d'accomplir dans le but de protéger la fortune des femmes. Aussi, pour restreindre la faculté qu'avait la femme de contracter relativement à son hypothèque, défendit-il l'aliénation du fonds dotal même avec le consentement de la femme. (DEMANGEAT, *op. cit.*, p. 36.)

Mais cette prohibition ne fut pas absolue. La constitution ajoute : *Licet enim Anastasiana lex de consentientibus mulieribus vel suo juri renunciantibus loquatur, tamen eam intelligi oportet in rebus mariti vel dotis quidem æstimatis in quibus dominium et periculum mariti est. In fundo autem non æstimato, qui et dotalis proprie nuncupatur, maneat jus intactum, ex lege quidem Julia imperfectum, ex nostra autem auctoritate plenum, atque in omnibus terris effusum, non tantum italicis, et sola hypotheca conclusum.*

Il résulte de cette constitution que trois lois règlent la matière : La loi Julia, la loi Anastasiana et les lois de Justinien.

Laissons de côté la disposition qui étend la loi Julia aux fonds provinciaux ; nous voyons que Justinien distingue entre les biens dotaux estimés et les biens du mari, d'une part, et d'autre part le fonds dotal non estimé et le fonds dotal proprement dit, et l'on constate que :

1° Le *fundus dotalis* ne peut être hypothéqué même avec le consentement de la femme. (C'est la loi Julia) ;

2° Le *fundus dotalis* ne peut être aliéné même avec le consentement de la femme. (C'est la loi Julia perfectionnée) ;

3° La femme peut renoncer à son hypothèque privilégiée sur les immeubles dotaux estimés ou à l'hypothèque ordinaire qu'elle possède sur tous les biens propres du mari.

Quant à étendre la défense de renoncer à l'hypothèque privilégiée en tant qu'elle porte sur les meubles dotaux, ce serait en opposition avec le texte. La question d'ailleurs ne présenterait de difficultés qu'en ce qui concerne les meubles non estimés. Car pour les meubles estimés la loi précitée dit expressément que la règle de la loi Anastasiana doit s'appliquer aux biens dotaux estimés sans faire de distinction entre les meubles et les immeubles : *tamen eam intelligi oportet in rebus mariti vel dotis æstimatis*. Quant aux meubles non estimés, il suffit de remarquer que Justinien ne parle que du fonds dotal : *In fundo autem non æstimato*. Or la loi précitée est un texte prohibitif et dès lors doit être interprété restrictivement. Comme le fait très justement remarquer M. Demangeat : « Si dans le cas d'immeubles apportés en dot avec estimation, cas où la dot consiste *in pecunia*, il est permis à la femme de renoncer à son hypothèque privilégiée ~~sur~~ ces immeubles (et Justinien le lui permet positivement), il est impossible de comprendre pourquoi la renonciation ne serait pas également permise quand des objets mobiliers ont été apportés en dot avec ou sans estimation (*op. cit.*, p. 38) ;

4° Mais la femme ne peut renoncer à son hypothèque sur le *fundus non æstimatus* ou *proprie dotalis*. Il faut que *maneant jus intactum*, c'est-à-dire que la femme conserve, nonobstant toute renonciation, les droits que la loi lui accorde, son droit de revendication, son hypothèque légale privilégiée. Mais en dehors de cette réserve, la loi Anastasia conserve toute sa force et la renonciation à l'hypothèque de la dot est valable et reste telle même si le mari devient insolvable.

Telle était la législation romaine. Voyons ce qu'elle va devenir dans notre ancien droit.

SECTION II

Ancien droit français.

Les principes de notre droit coutumier diffèrent considérablement de ceux du droit romain quant à la capacité civile de la femme et quant au régime des biens entre époux.

Si l'incapacité civile de la femme, basée sur le sexe, avait une raison d'être dans des temps où la force physique était la base du commandement et la première des vertus, cette notion ne pouvait plus se comprendre dans une société plus avancée en civilisation. Déjà à Rome, longtemps avant le christianisme, un jurisconsulte païen, Modestin, avait ainsi défini le mariage : *Consortium totius vitæ, individuum vitæ consuetudinem continens, divini et humani juris communicatio*. Il n'y a plus dans ces paroles l'idée de l'assujettissement du faible au fort ; on y trouve au contraire le fondement de l'égalité parfaite d'une société que la mort seule pourra dissoudre.

Aussi, avec le temps, l'incapacité de la femme devint la conséquence du mariage. Le mari garde la place prépondérante, non à cause de son sexe, mais parce que, comme le disait de Laurière, il est nécessaire que les pouvoirs d'administration soient concentrés en une seule main.

D'autre part, les principes de la communauté coutumière étaient en opposition non seulement avec ceux de la dotalité romaine, mais encore avec ceux du Velleïen. Le mari, à Rome, au point de vue des intérêts pécuniaires, est pour sa femme un étranger. Le Velleïen, en interdisant à la femme d'intercéder pour autrui, lui interdisait, par là même, d'intercéder pour son mari. Le régime de communauté, au contraire, confondait et identifiait les intérêts des deux époux. La femme commune en biens qui s'obligeait pour son mari ne s'obligeait pas pour autrui ; l'intérêt du mari, c'était celui de la communauté et par suite celui de la femme. Au regard des tiers, le mari « sei-

gineur et maître de la communauté » était censé n'agir jamais que dans l'intérêt de celle-ci.

Aussi de profondes divergences existaient entre les juriscultes du xvi^e siècle sur la validité de l'intercession. Les uns la maintenaient ; d'autres exigeaient pour l'annuler que la femme renongât à la qualité de commune. Dumoulin concilia le principe romain et le principe germanique. Il accorde à la femme commune et caution de son mari le bénéfice du sénatus-consulte sous les conditions suivantes : que les deniers empruntés n'aient tourné ni au profit de la communauté ni au profit personnel de la femme ; que le créancier, au moment où il prêtait les deniers, en ait connu la destination.

Le Velleïen ne fut pas le seul principe romain que les coutumes adoptèrent. Après avoir associé les deux époux, la loi leur défend de faire aucun contrat entre eux, *nisi ex necessitate* (art. 256, anc. cout. de Paris). Par un système compliqué de récompenses et de reprises, elle parvient à concilier la confusion des deux patrimoines, et la conservation intégrale de chacun. La communauté n'est plus qu'une convention facultative et les pactes nuptiaux viennent fréquemment en altérer la nature. Chaque restriction apportée à la communauté était en même temps une atteinte portée à la puissance maritale.

A la fin du xvi^e siècle les seules provinces qui, trouvant dans le sénatus-consulte une garantie de l'inaliénabilité dotale, y étaient restées attachées, étaient l'Auvergne, le Languedoc, la Normandie. Partout ailleurs, même dans les pays de droit écrit, soumis à l'influence du droit romain, les clauses de renonciation étaient devenues de style. La jurisprudence exigeait bien, pour conserver quelque apparence d'utilité au Velleïen, que les notaires indiquassent aux femmes la nature et les effets des privilèges auxquels elles renonçaient, mais, dit Henrys, « comment les notaires eussent-ils expliqué ce qu'ils n'entendaient pas eux-mêmes » ? Aussi ces exigences n'eurent-elles d'autre effet que de compromettre à chaque instant la fortune et la réputation des notaires. « Ne vaudrait-il pas mieux, disait un jurisculte de ce temps, Lechassier, abroger cette formalité qui doit être arrachée comme une mauvaise herbe du champ de la justice ? »

Le roi Henri IV fit droit à ces plaintes. Un édit d'août 1606 abrogea purement et simplement le sénatus-consulte Velleïen.

Les parlements de droit écrit, celui de Rouen et celui de Rennes refusèrent d'enregistrer cet édit. Son empire se renferma dans les provinces centrales. Une ordonnance de Louis XIV en 1683 y soumit la Bretagne.

Le Velleïen était un privilège personnel accordé aux femmes ; c'est pourquoi elles pouvaient y renoncer. La loi Julia était un privilège réel, regardant les biens plutôt que la femme, restreint aux biens dotaux. La femme ne pouvait y renoncer. Louis XIV, en 1664, dans l'intérêt du commerce lyonnais, abrogea la loi Julia.

Lors de la promulgation du code civil, les parlements de Normandie, de Grenoble, d'Aix, de Bordeaux, de Toulouse et de Pau, le conseil de Colmar et celui de Perpignan observaient encore le sénatus-consulte. Mais les parlements de Rouen et de Toulouse n'admettaient pas la renonciation qui, dans les autres, était devenue de style. Ils considéraient l'intercession comme nulle de plein droit. C'était une dérogation à la règle commune.

Ayant ainsi indiqué quelles étaient, dans notre droit coutumier, les restrictions apportées à la capacité de la femme, voyons quelles conventions existaient relativement à l'hypothèque.

Notre ancien droit connaissait deux faits juridiques analogues au *pignus nominis* et au *pignus pignoris* : le nantissement des créances et l'hypothèque en sous-ordre. Quant aux renonciations à l'hypothèque absolues ou relatives, Pothier renvoie simplement aux textes de droit romain.

Le nantissement des créances était-il possible ? Leur impignoration, quoique autorisée par le droit romain (L. 20 D. *De pign. et hyp.*, XX, 1) ne fut pas admise du moins généralement par notre jurisprudence, avant le xvii^e siècle. Ainsi, par exemple, Despeisses (t. I, p. 159) enseignait qu'on ne pouvait pas les soumettre au nantissement. Pothier, lui-même, avait déjà écrit dans son traité du nantissement une formule semblable, et ce ne fut qu'après l'impression de son traité qu'il eut connaissance d'un arrêt de la cour des Aides du 18 mars 1769 qui avait autorisé le nantissement sur des dettes

actives. Il indique la forme en laquelle l'arrêt voulait que le nantissement fût fait : transport par acte devant notaires, à titre de nantissement des dites dettes ; remise des titres au créancier nanti ; signification du transport au débiteur. Ce nantissement ressemble donc beaucoup plus au nantissement des créances qu'au *pignus nominis* du droit romain. (POTHIER, *Nantissement*, chap. I, § 1, art. 1, n° 6, note ; *Traité de l'hypothèque*, chap. IV, art. 1, § 2, n° 211.)

Les antécédents de la subrogation à l'hypothèque légale se retrouvent plus directement dans une pratique usitée dès longtemps au parlement de Paris : l'hypothèque en sous-ordre.

L'hypothèque en sous-ordre est une institution comparable au *pignus pignoris*. Elle permet au créancier hypothécaire de transférer à un tiers, son propre créancier, le bénéfice de son hypothèque.

Avant d'entrer dans l'étude de l'hypothèque en sous-ordre, rappelons brièvement quels étaient les principes anciens de notre droit commun en matière hypothécaire.

L'hypothèque résultait de tout acte notarié. Cette hypothèque était générale, frappant les biens présents et à venir du débiteur ; elle était occulte, sauf exception, pour les provinces de saisine et de nantissement. Enfin la femme a une hypothèque générale sur les biens de son mari du jour de son contrat de mariage ou du jour du mariage s'il n'y a pas de contrat.

Dans notre ancien droit, toutes les fois qu'une saisie réelle avait été pratiquée et que le bien était entre les mains de la justice, les créanciers hypothécaires, autres que le poursuivant, s'assuraient le droit d'être payés sur le prix, suivant leurs rangs de préférence, au moyen d'oppositions « à fins de conserver », c'est-à-dire afin de conserver leurs droits, privilèges ou hypothèques, formées avant le décret d'adjudication ou, plus exactement, avant que ce décret eût été scellé et levé. Sans cette opposition, ils auraient perdu leurs droits qui auraient été anéantis à la suite de la vente par décret. Si l'un des créanciers avait lui-même des créanciers hypothécaires, ceux-ci devaient également faire opposition avant la même époque. C'était l'opposition en sous-ordre par laquelle le créancier s'opposait à ce que la somme due à son débiteur lui fût payée

à son détriment. Les sous-créanciers faisaient ainsi intervenir un sous-ordre par opposition à l'ordre principal dans lequel les créanciers directs du saisi devaient être préalablement colloqués. « Le sous-ordre est une distribution de la somme pour laquelle un créancier a été colloqué dans un ordre entre les créanciers de ce créancier colloqué qui se sont opposés sur lui en sous-ordre, ou comme exerçant ses droits, ou qui ont saisi sa collocation. » (FERRIÈRE, *Corps de tous les commentateurs sur la coutume de Paris*, t. IV, p. 1227, n° 3.) Plus simplement d'après la définition de Pothier : « Le sous-ordre est l'ordre dans lequel la somme pour laquelle un créancier a été colloqué utilement est distribuée entre les créanciers de ce créancier. » (POTHIER, *Procédure civile*, part. IV, chap. 2, sect. 5, art. 12, § 3.)

La procédure pour parvenir au sous-ordre était semblable à la procédure de l'ordre. Mais comme le sous-ordre n'intéressait ni le saisissant ni les autres créanciers, aucune notification ne devait leur être faite.

S'il n'y a qu'un créancier opposant en sous-ordre, ou même s'il y en a plusieurs et que la collocation obtenue à l'ordre par le débiteur soit suffisante pour les désintéresser tous, pas de difficultés : ils seront tous intégralement payés, et le reliquat, s'il en reste un, sera conservé par le débiteur. Mais lorsque la collocation était insuffisante pour désintéresser les sous-créanciers, une grave question se posait : ces sous-créanciers viendront-ils au marc le franc par une contribution qui s'établira entre eux ou bien se classeront-ils d'après le rang de leurs hypothèques de sorte qu'il y aura entre eux un ordre véritable ?

La pratique n'était pas uniforme.

Dans les pays de droit écrit, et dans certaines coutumes (Anjou, Maine, Normandie, Bretagne), on admettait entre les sous-créanciers un ordre véritable. Ils venaient d'après le rang de leurs hypothèques sur la somme allouée à leur débiteur. Cette solution tenait à ce que, dans ces pays, on admettait, comme à Rome, l'hypothèque sur les meubles en ce sens qu'elle produisait son effet dans l'ordre au point de vue du droit de préférence. « Toutes sortes de biens peuvent être hypothéqués, dit Basnage (*Traité des hypothèques*, chap. 3,

n° 4), qui écrivait suivant l'usage de Normandie, meubles et immeubles, véritables ou fictifs, les noms, raisons et actions, les droits corporels et incorporels, en un mot toutes les prétentions et intérêts que nous pouvons avoir sur quelque chose, soit que nous la possédions actuellement, ou que nous ayons seulement quelque action pour la demander. » Il résultait de là que les créanciers hypothécaires faisaient valoir leur droit de préférence sur l'émolument des créances au même titre que sur tout autre objet rentrant dans le patrimoine du débiteur.

D'après le droit commun des coutumes, au contraire, l'hypothèque n'était permise que sur les immeubles : l'émolument des créances d'un débiteur était donc forcément distribué au marc le franc entre les créanciers de ce débiteur, sauf, bien entendu, l'application des principes relatifs aux privilèges sur les meubles. Ainsi, les créanciers du créancier opposant, s'ils avaient eux-mêmes fait opposition, ne venaient pas d'après leurs rang et hypothèque mais tous au marc le franc sur la somme allouée à leur débiteur ; c'était une véritable contribution et non un sous-ordre.

Le parlement de Paris s'éloigna de bonne heure de cette doctrine, et bien que, d'après la coutume de Paris (art. 170), les immeubles seuls fussent susceptibles d'hypothèques, ce parlement décida qu'entre sous-créanciers hypothécaires la somme obtenue par leur débiteur serait attribuée d'après le rang de leurs hypothèques : il admit l'ordre entre les sous-créanciers. C'est une jurisprudence dont de Héricourt et Brodeau nous attestent l'ancienneté.

Sa jurisprudence fut vivement attaquée et Thibault, écrivant sous la coutume de Bourgogne, disait : « Les collocactions utiles des créanciers qui ont formé opposition au décret sont de purs effets mobiliers : ainsi la distribution doit s'en faire entre les créanciers saisissants de l'opposant au décret non par ordre d'hypothèques, mais suivant l'ordre des saisies. » De Héricourt (*Traité de la vente des immeubles par décret*, an 1752, chap. XI, sect. 2, n° 14), disait aussi : « Il y a beaucoup d'apparence que ce n'est qu'en conséquence d'une fiction que s'est introduit l'usage de colloquer les créanciers opposants en sous-ordre, suivant l'ordre d'hypothèque. On a

regardé le créancier opposant au décret des biens hypothéqués à son débiteur comme étant lui-même nanti d'une partie du fonds, jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû, de sorte que les créanciers de ce créancier acquéraient un droit réel sur ce fonds qui était le gage que l'opposant en sous-ordre saisissait par son opposition et qu'il faisait vendre pour être payé de ce qui lui était dû. On s'est porté d'autant plus aisément à introduire cette fiction, quoiqu'elle ne fût autorisée par aucune loi expresse, qu'en contractant avec une personne on peut faire presque autant de fonds pour la sûreté de la dette sur les créances hypothécaires que sur les immeubles dont le débiteur avait la propriété. »

Ainsi l'opposition porte non pas sur la collocation, mais sur le bien hypothéqué. Il découle de la fiction qu'ils doivent être colloqués par ordre d'hypothèques. C'est le fonds hypothéqué qui est affecté aux créanciers hypothécaires du créancier principal.

L'édit de Colbert de 1673, malgré ces critiques de la doctrine, consacra la jurisprudence du parlement de Paris. Cet édit n'eut qu'une existence éphémère, mais même après qu'il eût été rapporté le parlement de Paris persista dans sa jurisprudence, bien qu'elle fût toujours considérée comme contraire aux principes du droit.

Dans un cas particulier, la jurisprudence du parlement de Paris avait été consacrée législativement. Une déclaration royale du 30 décembre 1681 voulait que les deniers résultant de l'exercice des créances dotales fussent distribuées entre les créanciers hypothécaires des femmes suivant leur rang d'hypothèque. Thibault disait que c'était là une exception qui confirmait la règle pour le surplus.

Selon le droit commun, l'émolument des créances chirographaires est distribué entre les créanciers du créancier par ordre de saisie ou par contribution parce que les deniers ne sont considérés que comme meubles. Au contraire, l'émolument des créances hypothécaires est distribué entre les créanciers du créancier par ordre d'hypothèques parce que ces sous-créanciers hypothécaires acquièrent un droit réel sur le fonds. L'opposition en sous-ordre vaut une hypothèque prise sans le concours du débiteur principal. C'est pourquoi, s'ils n'avaient

formé leur opposition qu'après le décret, elle n'aurait été regardée que comme une saisie-arrêt d'une somme mobilière, car, ainsi que le disait Loysel, un décret nettoie toutes hypothèques ; le créancier principal n'ayant plus de droit sur l'immeuble, il est bien évident que cet immeuble ne peut plus être sous-engagé aux sous-créanciers.

Bourjon et Ferrière admettaient la jurisprudence du Parlement de Paris. Denizart résistait. Il admettait la collocation par ordre de sous-créanciers sur le capital et sur les arrérages d'une rente, parce que la rente était placée parmi les immeubles fictifs susceptibles d'hypothèque. Mais cet auteur rejette cette théorie quand il s'agit de l'émolument d'une créance même hypothécaire, car, dit-il, le capital d'une obligation exigible n'est que mobilier.

Pothier ne se contenta pas de rapporter cette jurisprudence du parlement de Paris. Il l'adopta et indiqua les raisons de droit sur lesquelles elle s'appuyait. Il s'attacha à démontrer qu'il faut séparer l'hypothèque, droit immobilier, de la créance garantie, droit généralement mobilier ; que les sous-créanciers exercent en réalité leurs droits non pas sur la créance, mais sur l'hypothèque ; que, par conséquent, de même que les créanciers hypothécaires prennent par ordre le prix d'un immeuble, de même les sous-créanciers doivent aussi prendre, d'après le rang de leurs hypothèques, l'émolument résultant de l'exercice de l'hypothèque de leur débiteur. « On pourrait objecter, dit-il, que cette somme pour laquelle le créancier est colloqué n'étant qu'une chose mobilière, et par conséquent non susceptible d'hypothèque, cette somme devrait se distribuer entre les créanciers de ce créancier au marc la livre de leurs créances et non point par ordre d'hypothèques. La réponse est que, si les créanciers de ce dernier ne s'étaient pourvus que depuis le décret par saisie et arrêt de la somme pour laquelle il a été colloqué, cette somme se distribuerait effectivement comme une chose mobilière au marc la livre entre eux tous : mais s'étant opposés au décret de l'héritage, pour venir en sous-ordre de la somme pour laquelle leur débiteur commun serait colloqué, c'est le droit d'hypothèque qu'avait leur débiteur commun qu'ils ont saisi, un droit dans l'héritage, un droit par conséquent immobilier : c'est pour cette raison

qu'ils doivent venir par ordre d'hypothèques, suivant la règle : *pignus pignori dari potest*. (*Procédure civile*, part. IV, chap. 2, sect. 5, art. 12, § 3.)

Grâce à Pothier, la pratique du sous-ordre cessa d'être un usage et devint la conséquence d'une théorie rationnelle et vraiment juridique. Poussant plus loin sa théorie, Pothier décida que l'hypothèque est un immeuble fictif au même titre que l'étaient l'usufruit, l'emphytéose, les offices et les rentes, et qu'en cette qualité, elle est parfaitement susceptible d'hypothèque. De là cette formule : « Le droit d'hypothèque est lui-même susceptible d'hypothèque ». Cette formule, que nous trouvons au *Traité des hypothèques* (chap. I, sect. 2, § 1), doit être entendue en ce sens que l'hypothèque est frappée des hypothèques générales au profit de ceux auxquels tous les biens du débiteur sont engagés. En effet, Pothier ne poussa pas son système jusqu'à ses dernières conséquences logiques, car il n'admit jamais que l'hypothèque pourrait, comme les autres immeubles réels ou fictifs, être grevée d'hypothèques spéciales ; il ne reconnut le droit de venir en sous-ordre qu'aux créanciers déjà garantis par des hypothèques générales sur les biens du débiteur. Mais il convient de remarquer, ainsi que nous l'avons déjà dit, qu'en fait, dans notre ancien droit les hypothèques étaient toujours générales, car elles résultaient de plein droit des actes notariés et des actes sous seings privés reconnus en justice ou déposés chez un notaire.

Ce mécanisme ingénieux, mais compliqué, s'adaptait à l'hypothèque légale de la femme mariée au moins depuis la déclaration du 30 décembre 1861 qui mit fin à la controverse que nous venons d'indiquer en reconnaissant aux créanciers hypothécaires le droit d'être colloqués en sous-ordre dans l'ordre de leurs hypothèques.

Nous avons insisté sur ces hypothèques en sous-ordre parce qu'à plus d'un point de vue, elles présentent de grands traits de ressemblance avec la subrogation à l'hypothèque. Nous allons maintenant discuter la légalité de cette dernière sous le code civil et avant les textes nouveaux qui l'ont définitivement introduite dans notre législation.

SECTION III

Les conventions relatives à l'hypothèque légale sous l'empire du Code civil.

La loi du 9 messidor an III, ébauche du régime hypothécaire moderne, admet le sous-ordre et en règle la procédure (art. 193 à 202) ; elle détermine la forme des oppositions en sous-ordre, mais elle décide que : « dans le cas de concours de plusieurs opposants en sous-ordre sur un même débiteur, au cas d'insuffisance pour les solder, il n'y a lieu à aucune distinction, aucune préférence, ni ordre d'hypothèques sur les deniers qui lui appartiennent, lesquels doivent être distribués entre eux au marc la livre. » (Art. 90.) Elle condamne donc ainsi la théorie de Pothier et celle du Parlement de Paris. Cette loi ne reçut jamais d'exécution, aussi la question ne cessa d'être agitée.

Ni l'une ni l'autre des deux lois du 11 brumaire an VII ne s'occupent de la question. Aussi, trouve-t-on un arrêt du tribunal d'appel de Paris du 15 Frimaire an XII décidant que le sous-ordre n'avait pas été aboli et, en conséquence, appliquant l'ancienne jurisprudence.

Le code de 1804, imitant les lois précitées, est muet sur la question, mais il ne reconnaît plus l'hypothèque comme un droit susceptible d'être hypothéqué. En résultait-il l'abolition des sous-ordres ? L'usage de colloquer les opposants en sous-ordre avait précédé la règle dont Pothier avait eu l'initiative ; il n'y a dès lors, rien d'impossible à ce que le même usage se perpétuât sous une loi n'admettant pas la règle nouvelle. La jurisprudence inclina promptement cependant vers l'idée d'abolition, et l'article 778 du code de Procédure (devenu depuis l'article 775) la fixa définitivement en ce sens, en reproduisant la pensée, sinon les termes de l'article 90 de la loi du 9 messidor an III : « Tout créancier, dit-il, pourra prendre inscription pour conserver les droits de son débiteur ; mais le

montant de la collocation du débiteur sera distribué comme chose mobilière entre tous les créanciers inscrits ou opposants avant la clôture de l'ordre. » Désormais, les créanciers d'un débiteur qui est lui-même créancier hypothécaire d'une autre personne, pourront comme auparavant, former opposition à ce que le bordereau de paiement soit délivré à leur débiteur afin de participer en sous-ordre à la distribution de la collocation obtenue par lui, mais cette distribution, en cas d'insuffisance à les désintéresser tous, se fera au marc le franc. On ne tiendra aucun compte des dates des inscriptions ou oppositions.

Cette législation était à peine en vigueur que la pratique chercha un expédient pour la tourner. Nous avons montré précédemment, relativement à notre matière, quelle importance économique avaient les pactes relatifs à l'hypothèque légale. Nous avons fait voir toute l'insuffisance des procédés prévus par le Code. Que, d'autre part, dans l'état actuel des choses, il soit utile de se servir d'une hypothèque comme moyen de crédit, voilà ce que nous ne contestons pas, mais que, par un moyen détourné, on rétablisse la pratique du sous-ordre, voilà ce que nous ne saurions admettre.

Or, l'article 775 du Code de procédure civile est très clair et très formel. Il est pourtant de jurisprudence constante (on trouve des arrêts depuis le 15 janvier 1813) que cet article cesse d'être applicable toutes les fois que le créancier du créancier colloqué se présente comme subrogé à l'hypothèque. C'est absolument comme si l'article 775 n'existait pas. Les ayants cause du créancier obtiennent, sous le nom de subrogés, des droits que la loi avait pour but de leur enlever sous le nom de créanciers : il n'y a avec l'ancien droit qu'une différence : le sous-ordre au lieu d'être légal est conventionnel.

La pratique des pactes subrogatoires est, nous l'avons dit, l'œuvre des praticiens. Tout, dans cette matière, leur appartient : le principe de la convention qu'ils organisèrent pour faire tourner au profit des tiers les prérogatives légalement établies contre eux, ses formes et ses effets.

La femme, dirent-ils, peut détacher de sa créance l'hypothèque qui en assure le paiement et l'affecter à la garantie des tiers. Bien plus, elle peut les subroger non seulement à son

hypothèque, mais, mieux encore, à ses droits hypothécaires eux-mêmes.

Cette affectation ne constitue :

Ni une cession : partant, elle échappe aux formalités et conditions prescrites par l'article 1690 pour la garantie des tiers ;

Ni un nantissement : en conséquence, les conditions et formalités prescrites par les articles 2074 et 2075 du Code civil lui sont également étrangères ;

Ni le pacte connu sous le nom de : restriction de l'hypothèque légale : dès lors, point n'est besoin pour la constituer valablement des conditions et formalités prescrites pour la protection de la femme par les articles 2144 et 2145 du Code civil.

Il faut voir en elle une affectation *sui generis*, affranchie, à ce titre, de toute entrave, et par suite, de toute formalité.

Sous l'autorité de ce raisonnement sans réplique, la femme put céder ses droits sans remplir de formalités. Ainsi, nulle protection pour la femme. Le pacte qui la dépouille et la ruine peut-être put se constituer valablement par cet acte sous seing privé. Nulle protection dans l'intérêt des tiers : bien qu'elles leur fussent opposables et, qu'à ce titre, ils eussent un intérêt essentiel à les connaître, ces conventions purent se constituer secrètement même à leur égard.

D'autre part, ces conventions furent, sous des variétés diverses, accommodées aux fantaisies des parties : « Ainsi transformées en énigmes, les actes de subrogation firent le désespoir des tribunaux appelés à en dégager la pensée des parties... chaque procès impliquait en effet deux questions à vider : l'une de fait, l'autre de droit. Quel pacte les parties avaient-elles eu en vue en contractant ?... La convention était-elle ou non soumise pour sa validité à certaines formalités ? Ces points réglés, restait à déterminer sa véritable nature et, par suite, l'exacte mesure des effets du pacte en litige. Or quel guide suivre en ces matières ? La loi ? Elle était muette. La doctrine ? Les docteurs disputaient sans jamais s'entendre. La jurisprudence ? Elle niait le lendemain ce qu'elle avait affirmé la veille. Les questions les plus délicates et de l'ordre le plus élevé furent ainsi abandonnées aux décisions d'un arbitraire sans frein ni mesure. » (MOURLON, *Transcription*, t. II, n° 882.)

De là, ainsi que le fait nettement ressortir M. Bénech (*op. cit.*, pp. 116 et 117), des fluctuations incessantes de la pratique. Ces fluctuations, qui ont été si funestes au crédit, se sont naturellement réfléchies à travers les monuments de la jurisprudence et de la doctrine, à ce point qu'il n'était pas pour les praticiens comme pour les juriconsultes, et qu'il n'est peut-être encore de matière plus confuse et méritant mieux qu'on dise d'elle ce qu'un auteur ancien disait de la subrogation en général : *Materia difficillima et inextricata*.

Aussi proposa-t-on des remèdes héroïques : la faculté de droit de Rennes, consciente de ces difficultés, proposa, afin d'y couper court, de donner à tout traité relatif à l'hypothèque légale de la femme mariée un effet toujours identique et absolument indépendant de sa dénomination. (*Documents hypothécaires*, t. II, p. 446.).

Les facultés de droit de Strasbourg et de Caen demandèrent également que, sous quelque dénomination qu'elles fussent faites, ces conventions ne pussent jamais valoir qu'à titre de simple renonciation au droit de priorité en faveur des subrogés. (*Documents hypothécaires*, t. II, p. 473.)

Cette idée d'un contrat unique à même été reprise après la loi du 23 mars 1855 par M. Bénech dans son ouvrage déjà cité : *Le Nantissement appliqué aux droits, créances et reprises de la femme sur les biens de son mari*.

Ces conceptions n'ont point prévalu. La loi a préféré rester fidèle au principe de la liberté des conventions. Les parties peuvent donc, de même que par le passé, faire, relativement aux droits de la femme sur les biens de son mari, toutes les stipulations que leur suggèrent le besoin et la nature de leur intérêt : des cessions de créances, des cessions d'hypothèques, des cessions d'antériorité, des renonciations translatives ou purement extinctives de l'hypothèque qu'elles ont pour objet.

A un autre point de vue, des réformes avaient été également proposées, quant aux conditions de formes exigées pour la validité de ces conventions. Ce point étant en dehors de notre étude, nous n'y entrerons pas.

GÉNÉRALITÉS

SUR LES PACTES RELATIFS A L'HYPOTHÈQUE

LÉGALE DE LA FEMME

NATURE ET OBJET DE CES CONVENTIONS

GÉNÉRALITÉS

SUR LES PACTES RELATIFS A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME
NATURE ET OBJET DE CES CONVENTIONS

Avant la loi de 1855, aucun texte n'existait relativement aux conventions sur l'hypothèque légale des femmes mariées, quoique cette institution fût admise en pratique. On trouvait seulement le mot « subrogation » mentionné dans deux textes relatifs aux sociétés du Crédit Foncier sur lesquels nous reviendrons.

L'article 9 de la loi du 23 mars 1855 est ainsi conçu . « Dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer, cette cession ou renonciation doit être faite par acte authentique ; et les cessionnaires n'en sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription de cette hypothèque prise à leur profit, ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante. — Les dates des inscriptions ou mentions déterminent l'ordre dans lequel ceux qui ont obtenu des cessions ou des renonciations exercent les droits hypothécaires de la femme. »

Nous ne nous occuperons pas pour le moment de la loi du 13 février 1889. Cette loi ne vise qu'une hypothèse toute particulière, ne réglemente qu'un contrat précis : La renonciation faite par la femme à son hypothèque légale au profit d'un tiers acquéreur d'immeubles soit du mari, soit de la communauté.

Ainsi donc, cet article 9 est le seul texte législatif que nous possédions sur la matière, le seul qui puisse servir de base à notre étude. Ce texte laconique appelle quelques réflexions. Le législateur, après avoir reconnu la légalité, discutée encore, de ces conventions, a eu surtout en vue de les régler quant à la forme, de faire cesser les abus, les tromperies qui résultaient de leur validité par actes sous seing privé. En cela, il n'a fait que sanctionner les vœux unanimes qui avaient été formés à ce sujet. Il impose deux conditions : L'authenti-

cité et la publicité. Quant aux conventions envisagées dans leur nature et leurs effets, il est sinon complètement muet, du moins très bref. Il ne les désigne que par ces mots très larges : « Cession ou renonciation » : Il n'indique qu'un de leurs effets. l'ordre dans lequel les bénéficiaires de ces stipulations pourront exercer les droits de la femme.

Or, si l'on veut bien se rappeler qu'à cette époque on était littéralement perdu dans la diversité des dénominations, que, d'autre part, des controverses très graves s'étaient élevées sur la nature et les effets de ces pactes, il ne faut pas s'étonner de la prudence montrée par le législateur. Ces conventions devenaient légales. Là était le point principal. Le législateur devait-il également, dans l'état d'ignorance presque complète où l'on se trouvait, indiquer limitativement les conventions auxquelles on pouvait recourir, déterminer minutieusement leurs effets ? A notre avis, non. C'eût été, de sa part, rendre son œuvre vaine. Rien d'utile, rien de bon ne peut sortir de l'ignorance ou, tout au moins, d'une donnée imprécise. Nous verrons, cependant, qu'il ne convient pas de se montrer trop absolu. Le texte pose le principe. Le reste n'est qu'affaire de déduction et de logique. Aussi, le silence peut-être voulu du législateur a permis à la doctrine, à la jurisprudence, à la pratique d'élaborer une série de travaux d'autant plus productifs que le texte permet toutes les combinaisons. Mais, comme le fait remarquer M. Beudant (*Revue critique*, 1866, pp. 211 et 212), « s'il y a défaut d'entente sur les idées, la pluralité de dénominations conduit inévitablement à l'ambiguïté des termes qui, toujours, et particulièrement dans le langage du droit et des affaires, est une cause de confusion et d'erreur. C'est ce qui est arrivé ici. Pour organiser, dans le silence des textes, la matière de subrogation au droit d'hypothèque, les auteurs et la jurisprudence ont dû appliquer les principes généraux du droit à des hypothèses non prévues par la loi, procéder par rapprochement et induction, en un mot créer par interprétation, ce qui fait la part large au hasard des interprétations individuelles. Ainsi ont surgi des interprétations diverses : et les dénominations, par un phénomène bien connu, se sont d'autant plus multipliées que la notion devenait moins précise et moins claire. Il en est résulté des formules variées.

que les praticiens emploient tantôt isolément, tantôt simultanément, sans y attacher un sens distinct ; à la longue, l'incorrection du langage a fini par transformer certaines des combinaisons usitées en véritables énigmes juridiques. »

En réalité, les conventions relatives à l'hypothèque légale, qu'elles interviennent au profit d'un créancier de la femme, du mari ou d'un tiers, se ramènent à trois classes : elles sont une mise en gage de la créance hypothécaire, ou un transport cession de la créance en reprise à titre de paiement, ou, enfin, et c'est de beaucoup la plus fréquente dans la pratique, c'est celle qu'a prévue la loi de 1855, une cession d'hypothèque, les conventions connues sous le nom générique de pactes subrogatoires.

Dans tous les cas, le but poursuivi, le résultat atteint est identique en un point : le créancier profite exclusivement des garanties hypothécaires de la femme, soit qu'il les fasse valoir accessoirement à la créance engagée, soit qu'il les fasse valoir principalement. Dans chaque espèce, pour déterminer quelle est la convention que les parties ont voulu employer, il faudra examiner les faits, interpréter la volonté des parties. Chacune de ces conventions répond à des vues différentes et satisfait à des situations particulières : « Ce n'est pas la qualification plus ou moins exacte employée par les parties, mais leur volonté, telle que la manifestent les circonstances qui déterminent la nature vraie d'un contrat : *Non sermoni res, sed et rei sermo subjicitur.* » (BEUDANT, *loc. cit.*).

Laissons de côté, pour le moment, la cession de créances et le nantissement. Elles n'opèrent la transmission de l'hypothèque légale que par voie de conséquence et se reconnaissent à des signes trop précis pour qu'il soit possible de les confondre soit entre eux, soit avec toute autre convention. Ces contrats ont leurs règles propres, leurs effets sont nettement déterminés par le Code.

Mais attachons-nous aux autres combinaisons ayant directement et uniquement pour objet l'hypothèque légale. Nous avons indiqué dans notre introduction qu'il y en avait trois grandes classes : La subrogation proprement dite, la cession d'antériorité, la renonciation extinctive. Ces dénominations différentes correspondent-elles à une nature juridique diffé-

rente ? A lire la plupart des auteurs, on serait porté à le croire, car ils isolent habituellement les diverses conventions sous leurs dénominations respectives, les étudient séparément et indiquent avec soin ce qui les rapproche et les différencie. Que dit par exemple M. Mourlon : « Bien qu'on ait compris sous la dénomination générale de subrogations à l'hypothèque légale de la femme les divers traités qui ont cette hypothèque pour objet, il est bien entendu que, nonobstant cette qualification commune, leurs effets demeurent distincts en beaucoup de points. Nous montrerons en quoi ils concordent et en quoi ils diffèrent ; mais tout d'abord nous devons les énumérer. » (*Transcription*, t. II, n° 891). Nous ne partageons nullement ces idées ; sans doute, chacune de ces conventions a un élément particulier qui la caractérise, sans doute elles ne conduisent pas au même résultat, mais, si l'on fait abstraction des particularités résultant des circonstances de fait, il est facile de se rendre compte qu'elles partent du même principe et sont identiques dans leurs effets. Nous reconnaissons qu'il serait difficile et en tout cas fort obscur de les étudier toutes à la fois. Mais si, dans notre étude, nous prendrons chacun de ces contrats un à un, ce sera dans le but de faire nettement ressortir leur utilité respective, de montrer le besoin auquel elles répondent, dans quel cas il est préférable de recourir à telle ou telle convention, mais ce sera toujours sous la réserve de l'idée que nous venons d'exprimer.

Cette convention unique donc, quant au principe, quant au fond, pacte subrogatoire ou cession d'hypothèque, comme on voudra l'appeler, a pour but de faire passer l'hypothèque au service du bénéficiaire. Dans tous les cas, le bénéficiaire fait valoir à son profit exclusif l'hypothèque légale de la femme : tantôt pour être payé par préférence sur l'émolument à provenir de l'exercice des reprises, tantôt afin de venir au rang préférable de l'hypothèque légale. Les autres combinaisons procèdent toutes de cette idée. Ce qui varie et les sépare, ce n'est pas le caractère de la convention, ce sont les circonstances dans lesquelles elle intervient. On l'appelle cession ou subrogation, les deux mots sont équivalents, quand elle intervient au profit d'un créancier chirographaire ou au profit d'un créancier dont l'hypothèque ne porte pas sur tous les biens

affectés à l'hypothèque légale. On l'appelle cession d'antériorité quand la convention intervient entre deux créanciers hypothécaires du même débiteur sur les mêmes immeubles. Ils dérogent à l'ordre résultant de leurs titres respectifs, se cèdent réciproquement, en les échangeant, leurs droits hypothécaires ; on l'appelle renonciation à peu près dans tous les cas. Outre la renonciation au profit du tiers acquéreur, ce sera ce qu'on est convenu d'appeler la renonciation *in favorem* qui est considérée comme translatrice des droits hypothécaires. « Quelque forme, quelque nom que lui donne la volonté des parties ou qu'imposent les circonstances, la combinaison est toujours identique : les dénominations changent, car la loi n'en prescrit aucune, le fond des choses reste le même. » (BEUDANT, *loc. cit.*, p. 214.). N'en trouvons-nous pas un exemple frappant dans le texte même de la loi de 1855 ? Après avoir employé les mots cession et renonciation dans le premier alinéa de l'article 9, le législateur, dans le second, englobe sous le nom générique de subrogation la renonciation et la cession.

Il ne faudrait cependant pas conclure que les conventions à l'hypothèque légale produiront identiquement les mêmes effets. Le principe reste unique, oui, mais les circonstances variées dans lesquelles elles pourront intervenir agiront forcément sur les résultats qui en découlent. Ainsi que le dit M. Beudant : « Ici comme en toute matière, les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134, C. civ.). Si la volonté des parties est certaine et licite, elle doit être obéie ; c'est elle particulièrement qui déterminera l'étendue de la cession et la fera porter tantôt sur certains droits de la femme nommément indiqués, tantôt sur l'ensemble de ces droits, tantôt sur ceux dont les causes existent au moment de la cession, tantôt enfin, ainsi qu'il arrive le plus souvent, sur les droits actuels et futurs tels qu'ils sont et pourront être au moment de la liquidation. (art. 1130, C. civ.). La doctrine générale laisse nécessairement en dehors de ses prévisions ces questions de fait et d'interprétation de volonté ; la loi ne peut avoir la prétention de prévoir les nuances que les parties seules connaissent, et dès lors les tempéraments variés qu'il peut convenir, selon les cas, d'apporter au droit commun qui n'en reste pas moins toujours le même. » (*Loc. cit.*, p. 219.)

Ajoutons aussi que la notion de la subrogation à l'hypothèque de la femme aurait été moins brumeuse et moins imprécise si les formules employées avaient été moins ambiguës. Dans l'immense majorité des cas qui se présentaient devant nos tribunaux, les juges devaient d'abord interpréter la formule employée. Constituait-elle une subrogation véritable ou une cession d'antériorité ? Par suite, les mêmes formules furent interprétées dans des sens différents et faute de règle fixe et de donnée précise l'on en est arrivé à tout confondre. L'ancien formalisme avait encore du bon.

En tout cas, il est un certain nombre de points sur lesquels tout le monde est d'accord ; nous ne nous occupons pour le moment que des opérations comprises sous le nom de pactes subrogatoires. Nous laissons de côté ce que nous avons appelé les cessions de l'hypothèque légale par voie de conséquence — non régies par la loi de 1855 — et la renonciation au profit du tiers acquéreur prévue et réglementée par la loi de 1889. Nous nous cantonnons dans le domaine de la loi du 23 mars 1855.

Qu'est-ce donc au fond que cette cession d'hypothèque ? La loi de 1855 ne nous le dit pas. Quels sont ses caractères juridiques et ses effets ? Le texte est muet également. Aussi, de graves divergences se sont-elles produites. Les systèmes abondent. Chaque auteur a le sien. Cependant, à partir d'une certaine époque que l'on peut placer aux environs de 1870, les commentateurs ont commencé à s'entendre. Leurs divergences maintenant ne portent plus que sur des points de détail. Les auteurs et la jurisprudence s'accordent sur quelques-uns de ses caractères ou du moins de ses effets.

La subrogation (prise dans son sens générique), à l'hypothèque légale a pour effet d'assurer au cessionnaire qu'il ne souffrira pas de l'exercice de cette hypothèque. Par conséquent, les articles 2144 et 2145 du Code civil ne sont pas applicables.

En second lieu, la femme n'épuise pas ses droits en les cédant, elle ne les abdique que conditionnellement, pour le cas où en s'en prévalant elle-même elle nuirait au subrogé, et seulement dans la limite de l'intérêt du subrogé. Dès lors, la femme peut consentir plusieurs subrogations successives (loi

du 23 mars 1855). La femme ne transmet que les droits qu'elle a. Par suite, s'il existe plusieurs subrogations successives, chaque cessionnaire est investi des droits qui restent à la femme au jour de la cession, c'est-à-dire la portion des droits que n'absorbent pas les autres cessionnaires le jour de la liquidation.

D'un autre côté, si le subrogé réalise sa créance sans se prévaloir de l'hypothèque légale ou sans en absorber l'étendue, la femme en recouvre le bénéfice dans les limites de ce qui n'a pas été utilisé, sans qu'il soit besoin d'aucune retrocession. C'est seulement dans le cas contraire que l'abdication devient définitive, l'effet de l'hypothèque étant alors épuisé. Nul n'en peut plus invoquer le bénéfice. La cour de Paris, par arrêt du 27 mai 1848 (S. 49, 2.283), a cependant jugé que la femme peut se faire colloquer sur le prix des immeubles restant à distribuer, même si les collocations attribuées déjà au subrogé équivalent au montant des reprises. Cette solution est inadmissible. On fait ainsi produire double effet à l'hypothèque légale. Celle-ci ne peut servir qu'une fois. Lorsqu'elle a obtenu collocation, elle est éteinte. La femme dans certains cas, pourra obtenir collocation en vertu d'une hypothèque légale, mais ce ne sera pas l'hypothèque légale primitive, ce sera une nouvelle hypothèque légale acquise conformément à l'article 2135 du Code civil. Le mari, en effet, ne peut être en présence des subrogés dans une situation pire qu'en présence de la femme. Mais d'autre part aussi, il ne peut se trouver dans une position plus avantageuse. Sur ce point la Cour de cassation a émis une doctrine tout à fait erronée, qu'elle a d'ailleurs immédiatement abandonnée. Dans un arrêt du 11 février 1867 (D. 67 1. 465.), elle a jugé que « le paiement fait au subrogé, libérant le débiteur vis-à-vis du subrogeant, la dot se trouve remboursée. C'est la femme qui a touché sa dot par les mains du subrogé. » Ceci est exact si la femme a subrogé un de ses créanciers personnels. (Mais telle n'est pas l'espèce sur laquelle l'arrêt est intervenu.) Alors, en effet, le mari impute sur ce qu'il lui devait ce qu'il a payé pour elle. Il s'opère une compensation qui le libère jusqu'à due concurrence. Il en est autrement si, comme dans l'affaire sur laquelle la Cour a statué, la femme subroge un créancier de son

mari. Celui-ci, en payant, acquitte sa dette envers le subrogé, mais non celle dont il est tenu envers la femme. Sans doute, le créancier subrogé, en exerçant l'hypothèque de la femme, enlève à celle-ci, dans la mesure de sa collocation, la situation privilégiée dont elle a transféré le bénéfice. Elle reste créancière, néanmoins, et créancière hypothécaire, mais à un rang inférieur, comme nous le verrons plus loin en étudiant les effets de la subrogation.

Enfin, la femme ne transmet ses garanties hypothécaires que telles qu'elles sont, c'est-à-dire dans la mesure où elle aurait pu les exercer elle-même, et sous les mêmes conditions. Les subrogés, pour exercer le droit de la femme, devront établir que la femme a des reprises à exercer et d'autre part, si leur créance est supérieure à celle que garantit l'hypothèque légale, ils ne pourront profiter du rang privilégié de celle-ci que jusqu'à concurrence du montant des reprises : pour le surplus la subrogation n'a rien changé à leur situation primitive.

Si ces points sont unanimement admis, s'ils l'ont été de bonne heure, on s'est mis moins rapidement d'accord sur la question suivante : « Quel est l'objet exact de ces conventions ? La subrogation porte-t-elle sur la créance hypothécaire ou sur l'hypothèque seule, sur l'hypothèque détachée de la créance ? » Cette question a été passionnément discutée. N'a-t-elle plus maintenant qu'un intérêt historique ? Peut-être. En tout cas, la jurisprudence, après avoir longtemps hésité, après avoir admis tantôt une solution, tantôt l'autre, s'est maintenant définitivement fixée. Qu'importerait dès lors quelque opinion dissidente.

La subrogation opère un déplacement ; elle met le subrogé au lieu et place de la subrogeante. Il y a mutation de droit, mais quel droit est transmis ? Est-ce la garantie hypothécaire qui se détache de la créance en reprise de la femme, laquelle reste à celle-ci, pour devenir la garantie et l'accessoire de la créance appartenant au cessionnaire ? Est-ce au contraire la créance hypothécaire elle-même, ou plus exactement, le droit aux reprises qui passe entre les mains du subrogé, y compris l'hypothèque qui en assure le recouvrement ?

Le cessionnaire obtient par ces conventions, le droit de

faire valoir l'hypothèque légale. Mais ce résultat, commun à tous les systèmes, peut s'expliquer de deux manières : il peut être produit soit par la cession de la créance en reprises, soit par le transport de l'hypothèque seule. Quelle est la solution véritable ?

Les appellations dont la loi et l'usage se servent les autorisent également toutes deux.

Mais d'abord, quel intérêt peut-il y avoir à admettre telle solution plutôt que l'autre ? A première vue, la question peut paraître oiseuse. Dans l'un et l'autre cas, en effet, le résultat pratique sera le même. Supposons en effet, la situation suivante : *Prima* et *Tertius* sont créanciers d'un même débiteur, *Secundus*. *Prima* est créancière hypothécaire pour 10, *Tertius* créancier chirographaire pour 15. *Prima* subroge *Tertius* dans son hypothèque.

La convention porte-t-elle uniquement sur l'hypothèque ? Voici quel en est le résultat :

Prima qui avait une créance hypothécaire de 10, mais qui cède l'hypothèque, devient créancière chirographaire de ces 10. *Tertius* qui avait une créance cédulaire de 15 devient créancier hypothécaire de 10 et reste créancier chirographaire de 5.

La convention porte-t-elle sur la créance ? Le résultat est le même.

Prima, créancière hypothécaire pour 10, ayant cédé à titre de garantie sa créance à *Tertius*, a perdu cette créance. *Tertius* l'a acquise, et il l'exerce pour se faire payer ce qui lui est dû à lui-même par leur débiteur commun. Il dépense donc en quelque sorte cette créance hypothécaire de 10. Les 10 qui lui seront payés éteindront jusqu'à due concurrence sa créance chirographaire de 15. Il reste donc encore créancier cédulaire de 5. Mais *Prima*, dont la créance sur *Secundus* aura servi à payer *Tertius* aura une action en recours contre celui qu'elle a libéré de son obligation. Ce recours n'est pas garanti par une hypothèque. *Prima* est donc devenue créancière chirographaire de 10.

Dans les deux cas, nous avons donc : *Tertius* créancier hypothécaire pour 10 et chirographaire pour 5. *Prima* créancière cédulaire pour 10.

Quelle que soit la situation envisagée, le résultat pratique

est le même. Mais alors la question serait-elle de pure spéculation juridique, « purement théorique », comme le dit M. Bénéch ? Nullement. Selon que l'on adoptera l'un ou l'autre des deux systèmes, la convention de subrogation sera soumise à des règles de forme particulières, elle produira des effets différents, parfois opposés. Pour bien montrer l'intérêt énorme, capital de la question, nous allons indiquer brièvement les différences qui séparent les deux théories :

1^o Au point de vue des formalités.

La convention porte-t-elle sur la créance ? Une double formalité semble nécessaire pour saisir le cessionnaire à l'égard des tiers. La cession du droit aux reprises n'est opposable aux tiers que si les formalités de l'article 1690 du Code civil ont été remplies. Mais d'un autre côté les formalités de l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 sont obligatoires également.

Porte-t-elle sur l'hypothèque ? Il n'y aura lieu d'observer que les formalités exigées par la loi de 1855. L'article 1690 ne prévoit pas l'hypothèque.

2^o Au point de vue des droits du cessionnaire.

La convention porte-t-elle sur la créance ? Le cessionnaire acquiert l'action personnelle de la femme en même temps que son action hypothécaire. Dès lors, il va pouvoir, exerçant l'action personnelle, intervenir sur la distribution du prix des meubles du mari, même s'il n'est pas créancier du mari, et obtenir collocation.

Porte-t-elle sur l'hypothèque ? Le subrogé n'obtient de la cession qu'un droit de collocation hypothécaire. Il n'a droit de poursuite personnelle que contre son propre débiteur. En vertu de la convention, il ne peut agir contre le mari que hypothécairement, il ne peut être colloqué que sur les immeubles.

3^o Au point de vue de l'effet produit par la convention sur les reprises de la femme.

C'est là la différence la plus notable. L'une des deux théories donne à la subrogation une efficacité que l'autre lui refuse.

La convention porte-t-elle sur la créance ? Les droits dont le cessionnaire est devenu titulaire, sont désormais à l'abri de toute diminution, de toute cause d'extinction provenant du

chef de la femme. Dès que la cession est parfaite, la créance réside en la personne du cessionnaire (art. 1242, 1295, 1298 C. civ.). La femme devient étrangère au rapport d'obligation qui existe dès lors entre le cédé et le cessionnaire. Elle cesse d'être créancière et ne peut plus disposer de ses droits. Les conséquences sont nombreuses : Par exemple, la femme ne pourra plus accepter un remploi ni une dation en paiement qui éteindraient sa créance. Elle ne pourra faire une autre cession-transport, quand bien même la valeur de sa créance serait de beaucoup supérieure à celle de la créance garantie. Ni la compensation, ni la confusion, ni la remise de dette ne sont possibles, et, d'autre part, le cessionnaire n'est pas soumis aux exceptions qui seraient opposables à la femme par suite de faits ultérieurement accomplis.

Porte-t-elle sur l'hypothèque ? Les droits du cessionnaire subissent les vicissitudes par lesquelles passent après la convention les reprises de la femme. L'hypothèque, accessoire d'une créance, suit la destinée de la créance qu'elle garantit. Le cessionnaire ne pourra donc exercer l'hypothèque légale que dans la mesure où la femme possède des reprises, que si la femme a des droits à exercer au moment de la liquidation. La femme en effet est restée créancière et l'hypothèque ne cesse de demeurer l'accessoire de sa créance. « Il y a eu, comme l'a très justement fait remarquer M. Beudant, quelque chose d'analogue à ce qui se passe en cas de cession d'usufruit : le cessionnaire devient bien titulaire du droit cédé, mais ce droit, *personæ inhærens*, ne peut avoir dans ses mains un autre caractère, ni d'autres conditions de durée que dans les mains du cédant. De même, le cessionnaire de l'hypothèque devient titulaire du droit cédé, mais ce droit, *nomini inhærens*, demeure subordonné à l'existence ultérieure de la créance. » (*Revue critique*, 1866, pp. 227, 228). La femme qui cède son hypothèque la cède avec ses caractères. L'hypothèque légale est un droit éventuel. Le cessionnaire est donc soumis à toutes les exceptions qui pourraient être opposées à la femme. Mais la femme pourra-t-elle par ses actes diminuer ses reprises et même les éteindre ? Nous touchons là encore à un point délicat et controversé que nous étudierons spécialement à propos de la subrogation.

Ce rapide aperçu montre toute l'importance de la question, importance d'autant plus grande, selon nous, que c'est le manque de solution ferme sur ce point qui a jeté beaucoup d'auteurs dans l'erreur et l'incertitude, qui a été la source des obscurités et des difficultés de cette matière.

Voyons donc quels motifs s'imposent à nous pour trancher la question. Examinons ce qu'il y a de fondé dans cette affirmation que l'hypothèque ne peut être cédée sans la créance qu'elle garantit. Cette impossibilité de séparer l'accessoire du principal existe-t-elle en thèse générale et la loi de 1855 l'a-t-elle consacrée dans le cas spécial qui nous occupe ?

MM. Aubry et Rau, disaient : « La relation qui unit les privilèges et les hypothèques est tellement intime qu'il est juridiquement impossible de les en détacher pour les adjoindre à une autre créance ou, en d'autres termes, d'en faire l'objet d'une cession séparée et indépendante de la transmission de ces créances mêmes... La cession d'un privilège ou d'une hypothèque ne peut être d'aucune utilité au cessionnaire si elle ne lui confère virtuellement le droit de faire valoir la créance du cédant. Cela est de toute évidence quand le cessionnaire n'est pas de son propre chef créancier du débiteur cédé ; et cela n'est pas moins certain dans le cas où il a une action personnelle contre ce dernier, parce que, dans cette hypothèse même, il ne pourra jamais exercer le privilège ou l'hypothèque qu'à raison de la créance pour sûreté de laquelle ils ont été établis. » (*Droit civil*, t. III, p. 887, n° 2.)

Mourlon ajoutait : « Un créancier peut céder sa créance avec toutes ses garanties, tous ses accessoires de quelque nature qu'ils soient, cautionnement, titre exécutoire, contrainte par corps. Quelqu'un dira-t-il qu'il peut séparer, par exemple, le droit de contrainte par corps qui en est la garantie pour le rattacher à la créance d'un tiers appelé désormais à l'exercer en son nom ? Qu'on cesse donc d'affirmer que le créancier qui peut céder la créance peut *a fortiori* céder son hypothèque détachée de sa créance. Objectera-t-on que la contrainte par corps n'est pas une garantie qui puisse adhérer à toute créance ? Mais il en est de même des privilèges et hypothèques légales : ces garanties sont en effet spéciales, attachées par la

loi à certaines créances déterminées et exceptionnelles. Si donc, on veut, à toute force, que la cession de l'hypothèque soit licite, il faut alors de toute nécessité valider également la cession de la contrainte par corps ; la cession d'un cautionnement devra être également considérée comme régulière, et cependant la loi la prohibe, sinon expressément, du moins indirectement, lorsqu'elle déclare qu'en cas de novation, le cautionnement ne peut, sans le consentement exprès de la caution, être rattaché à la créance nouvelle (art. 1281 C. civ.). Enfin, si les privilèges et hypothèques d'une créance qu'on éteint par novation faite entre un tiers et le créancier ne peuvent plus, sans le consentement formel du débiteur dont les biens en sont grevés, être réservés pour la garantie de la nouvelle créance (art. 1279 C. civ.), n'est-ce pas parce qu'en principe une hypothèque ne peut pas, sans le consentement du débiteur, être transportée d'une créance à une autre créance. La loi ne montre-t-elle pas par toutes ces restrictions que cette attribution des accessoires d'une créance à une autre créance n'est licite que dans les cas spécialement déterminés ? Aussi, tant qu'on ne citera pas un texte permettant à un créancier de séparer les privilèges et hypothèques de sa créance pour les rattacher aux droits d'un nouveau créancier, je ne croirai pas que cette faculté existe. Qu'on ne dise pas que cette opération est licite par cela seul que la loi ne le défend pas ; car en ne la tolérant que pour quelques cas déterminés, la loi la prohibe en général. Si elle la permet expressément dans ces cas exceptionnels, c'est qu'elle n'est pas licite selon le droit commun. Enfin, fût-elle licite selon le droit commun, elle devrait être déclarée illicite pour le cas spécial qui nous occupe, puisqu'en définitive ses résultats sont sur tous les points identiques à ceux qu'entraînait avec elle la théorie des hypothèques en sous-ordre que le Code a abrogée. »

En résumé l'argumentation est la suivante :

a) L'hypothèque est un droit accessoire qui ne peut exister sans principal. Si on la séparait de la créance qu'elle garantit, elle n'aurait plus aucune raison d'être et s'évanouirait faute de base ;

b) La cession de l'hypothèque n'offre aucune utilité au cessionnaire :

c) Les garanties d'une créance ne peuvent passer d'une créance à une autre. Les articles 1278, 1281 du Code civil sont des exceptions et doivent, par conséquent, être strictement interprétés.

Ces arguments sont loin d'être décisifs et sont au contraire facilement réfutables.

S'il est vrai que l'hypothèque est l'accessoire d'une créance et que ce droit accessoire ne peut exister sans principal, dans le cas de transfert, ce principal se trouve réalisé au moyen de la nouvelle créance dont elle devient la garantie. La question qui se pose est donc la suivante : L'hypothèque peut-elle passer d'une créance à une autre ? M. Bénéch fait remarquer que la question avait été soigneusement examinée par les anciens auteurs et qu'elle avait été résolue dans le sens de l'affirmative. (OLEA, *De cessione iurium*, t. VI, quæst. VI, n° 11 ; MERLINUS : *De pign. et hyp.*, L. IV, t. IV, n° 5.) Quelques jurisconsultes (Cynus, Jacobus de Arena) résistaient bien à cette solution, mais ils étaient en minorité. Il importe d'ailleurs de constater que les docteurs qui se prononçaient en faveur de la disjonction facultative enseignaient en même temps que, si la créance de laquelle l'hypothèque avait été détachée venait plus tard à s'éteindre, le cessionnaire se trouvait privé de l'efficacité de sa cession (BARTHOLE, *sur le titre des Pandectes de mandatoribus et fidejussoribus*, sur la loi *fidejussor obligari*). Les autres docteurs suivaient son opinion comme on le voit dans l'annotation de Barthole et dans Neguzantius : *De pign. et hypoth.*, p. 216 id. in 8°), et c'était précisément parce que cette disjonction n'avait qu'un caractère tout à fait précaire à cause des éventualités pouvant amener la chute de l'hypothèque, que certains docteurs (Jacobus de Arena) professaient qu'elle n'était pas licite.

Nous admettons donc que l'hypothèque peut passer d'une créance à une autre. A ce sujet, deux objections ont été présentées : M. Gaultier (subrogation de personnes, n° 562) s'exprime ainsi : « Théoriquement, l'esprit a de la peine à comprendre que l'hypothèque puisse être détachée de la créance, conserver une existence indépendante et qui lui soit propre, être transmise séparément de cette créance pour sûreté de laquelle elle a été établie et à laquelle elle semble essentielle-

ment subordonnée. En tout cas, ce ne pourrait être que pour venir immédiatement se rattacher à une autre créance qui lui rendit à l'instant même la vie qu'elle empruntait à celle qu'elle aurait quittée. Et encore, dans cette transmigration, ne doit-elle pas périr pendant le trajet ? » Cet argument a beaucoup frappé M. le Poittevin. Il trouve « cette considération théorique décisive », et pense en effet « que l'hypothèque, droit toujours et essentiellement accessoire, cesserait de vivre à l'instant même pendant lequel, détachée d'une première créance, elle n'est pas encore attachée à la deuxième. »

Cette argumentation, a fort justement répondu M. Beudant, est trop ingénieuse pour être juste. Il rappelle qu'en droit romain, sur une question analogue, la cession de créances, les jurisconsultes romains faisaient un raisonnement identique : « La créance ou droit personnel est un rapport juridique entre deux personnes déterminées. La relation qui unit le *vinculum juris* à ses deux sujets, actif et passif, est tellement intime qu'il est juridiquement impossible de l'en séparer ; car, si l'une des deux personnes venait à se retirer, le rapport d'obligation tomberait. Lui aussi se trouverait, ne fût-ce qu'un moment, privé d'un des deux termes nécessaires à son existence. De là, les jurisconsultes romains concluaient à l'impossibilité de céder les créances. Mais si leur dialectique un peu subtile avait découvert cette difficulté, leur esprit pratique leur avait en même temps suggéré l'expédient pour n'en être pas embarrassés : c'était la *procuratio in rem suam*, mandat avec dispense de rendre compte. Le créancier ne cède pas sa créance, ce serait contraire à l'essence du droit ; il charge de l'exercer celui auquel il veut en transférer le bénéfice, et celui-ci, devenu *dominus litis* par la *litis contestatio*, *condemnationem in suam personam convertit*. » (*Op. cit.*, pp. 241, 242.)

Cette théorie, ajoute-t-il, les adversaires de la cession d'hypothèque la trouvent bien subtile. Ils la condamnent et cependant ne la font-ils pas revivre à leur profit ? « En quoi le rapport qui unit l'hypothèque à la créance qui en est le sujet, suivant l'expression de M. Bertauld, est-il plus intime que celui qui unit le *vinculum juris* aux deux sujets qu'il rattache et sur lesquels il repose ? » (*Eod. loc.*)

Cette première objection écartée, voyons la seconde :

MM. Aubry et Rau, parlant des auteurs qui admettent la cession d'hypothèque séparément de la créance, s'expriment ainsi : « Leur opinion conduirait logiquement à décider que l'hypothèque, cédée séparément de la créance en vue de laquelle elle a été établie, est désormais indépendante du sort de cette créance et doit survivre à son extinction. » *Droit civil*, t. II, p. 887). Nous avons déjà répondu par avance à cette objection qui étonne, venant de jurisconsultes aussi éminents !

Le second argument : la cession de l'hypothèque n'offre aucune utilité au cessionnaire, si elle ne lui confère le droit d'exercer virtuellement la créance du cédant, est également erroné.

Remarquons d'abord que le droit de poursuite hypothécaire peut très bien ne pas concorder avec le droit de poursuite personnelle. Cela arrive dans le cas d'une caution réelle. MM. Aubry et Rau prévoient eux-mêmes cette hypothèse et disent à ce sujet : « La position de ce tiers... présente une grande analogie avec celle du tiers détenteur en tant que l'un et l'autre ne sont que hypothécairement et non personnellement obligés. » Si la situation est admissible lors de la constitution d'hypothèque, pourquoi cesserait-elle de l'être quand elle résulte d'une subrogation ?

Il n'est pas juste de dire que la cession d'hypothèque n'est d'aucune utilité au cessionnaire. Si celui-ci est créancier de la femme et non du mari, il peut en vertu de l'article 1166 du Code civil exercer la créance de la femme contre son mari. Ce n'est pas de la cession qu'il peut tirer le droit de faire valoir cette créance. Il l'a déjà. Si le cessionnaire est créancier du mari la cession ne peut lui conférer le droit de poursuite personnelle qu'il a déjà. Elle ne lui confère que le droit d'être colloqué dans l'ordre au rang de l'hypothèque. La cession d'hypothèque lui sera donc utile, tout en ne lui permettant pas d'exercer la créance. La cession a seulement pour effet de modifier le résultat de l'article 1166 en permettant au créancier d'échapper à la loi du concours. Elle lui confère comme garantie le rang appartenant à la femme.

Quant aux articles 1278 et 1281 du Code civil que nos adversaires considèrent comme une exception, nous les considérons au contraire comme une application du droit com-

mun dans une espèce particulière. En effet, si, en vertu des principes généraux, certains avantages particuliers, telle la contrainte par corps spéciale à certaines créances à raison de leur nature, ne sauraient être, en aucun cas, transférés à d'autres créances, l'hypothèque, applicable à tous, passe indifféremment de l'une à l'autre. Aussi, tandis que la loi autorise le transfert de l'hypothèque au cas spécial de novation, on ne trouvait aucun texte contenant la même solution eu égard à la contrainte par corps, dans une circonstance quelconque. La règle posée dans l'article 1278 du Code civil ne constitue donc pas une dérogation au droit commun. Ainsi, avant la loi de 1855 les principes ne s'opposaient nullement à ce que la garantie hypothécaire passât d'une créance à une autre.

Au fond, une seule question pratique est engagée dans cette controverse : c'est celle de savoir si la subrogation, dans la limite fixée par la convention, confère un avantage dès maintenant assuré et certain, à l'abri de toute éventualité ; ou bien si son efficacité reste subordonnée au sort ultérieur des reprises de la femme. La question est importante assurément, tellement importante qu'il se pourrait bien que la perspective de la solution à lui donner eût parfois influé sur la préférence accordée à l'un des systèmes sur l'autre.

C'est à ce point de vue que s'est placé M. Carette, dans ses *Notes du Sirey* (1849, 1, 465) (1849, 2, 449). C'est la même préoccupation qui apparaît à chaque page de l'ouvrage de M. Bertauld (*Subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée*), c'est celle que l'on trouve aussi chez Mourlon qui, quoique ayant admis après la loi de 1855 la possibilité de céder l'hypothèque indépendamment de la créance (*Transcription* II, p. 567.), semble toutefois revenir sur lui-même et écrit : « Quiconque voudra aller au fond des choses, et ne point se perdre dans d'impossibles abstractions, devra reconnaître avec nous que la cession de l'hypothèque emporte, dans une certaine mesure, la cession de la créance même à laquelle elle est attachée. » Et pourquoi ? parce que précédemment, à la page 554, il avait dit : « A supposer exactes les solutions admises (celles découlant du principe que la subrogation ne porte que sur l'hypothèque), les subrogations aux droits de la femme ne seraient le plus souvent qu'un traître appât pour ceux qui,

dans leur imprudente crédulité, y chercheraient leur salut. »

Que, devant l'importance de la question pratique, des auteurs aient hésité à adopter un système plutôt que l'autre, nous le concevons parfaitement. Mais ce qui nous surprend, c'est qu'adoptant un principe, on adopte les conséquences du principe opposé.

M. Bertauld est peut-être le seul qui soit resté fidèle à son point de départ. L'hypothèque pour lui n'est pas séparable de la créance et, par suite, la cession a pour objet la créance hypothécaire. Comme conséquences de ce principe, il décide : 1° que la subrogation, pour produire ses effets à l'égard des tiers, a besoin d'être signifiée au débiteur ou acceptée par lui (p. 71) ; 2° que le cessionnaire a le droit de participer à la distribution du prix des meubles du mari (p. 224) ; 3° que le subrogé a un droit désormais indépendant du sort que les faits postérieurs eussent réservé à la créance aux mains du cédant (p. 207).

Si nous n'admettons pas le principe adopté par le savant professeur, nous devons cependant reconnaître que les déductions qu'il en tire sont inattaquables. Dès lors, ne devons-nous pas nous étonner de trouver dans la jurisprudence antérieure à 1870 une contradiction manifeste entre le principe adopté et les conséquences tirées de ce principe ?

La jurisprudence ancienne hésitait à prendre nettement parti sur le principe. On trouve des décisions n'admettant que la cession de créances, des décisions validant la cession d'hypothèque. Cependant, le principe que la cession de l'hypothèque sans la créance est impossible y prédomine. Pourtant, elle conclut : 1° Que la subrogation pour produire ses effets n'a pas besoin des formalités de l'article 1690 du Code civil ; 2° Que le cessionnaire n'a pas le droit de participer à la distribution du prix des meubles du débiteur ; 3° Que toutes les exceptions opposables du chef du cédant pour faits postérieurs à la cession sont opposables au cessionnaire. Il y a contradiction manifeste. Que deviennent les articles 1242, 1295 et 1298 du Code civil ?

Cependant, si cette question pratique est importante (nous montrerons, quand nous examinerons l'influence de la subrogation sur les reprises de la subrogeante, que l'adoption de la

théorie de la cession d'hypothèque ne rend pas absolument illusoires les droits du subrogé), ce serait, ainsi que le fait remarquer M. Beudant, « manquer aux règles les plus élémentaires de la méthode que d'examiner cette question principalement ; ce serait prendre le sujet par le milieu, confondre le principe et ses applications. Elle n'est qu'une conséquence, et ce n'est pas d'après leurs conséquences, mais en elles-mêmes qu'il faut juger des doctrines. Quelle est celle qu'a consacrée la loi ? Là, pour le jurisconsulte, est toute la question : le surplus n'est qu'affaire de déduction. » (*Op. cit.*, pp. 235 et 236.)

Or, rien n'est plus formel que l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 : « Dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer. » La loi aurait-elle employé le même langage si elle eût songé à la cession de créance ? Comment aurait-elle pu s'exprimer pour être plus explicite ?

Si la moindre incertitude restait possible, l'examen des travaux préliminaires achèverait de la dissiper.

En 1849, fut présenté un projet de loi sur la réforme hypothécaire. Deux articles du projet présenté par le gouvernement touchaient notre matière : l'un, l'article 2127, spécial aux subrogations consenties par les femmes mariées, portait : « Les femmes ne peuvent céder leurs droits à l'hypothèque légale ou y renoncer en faveur des tiers que par acte authentique : et les cessionnaires n'en seront saisis que par la mention qui sera faite de la cession en marge de l'inscription. » L'autre, l'article 2139, plus général et applicable à toutes les subrogations portait : « Le créancier à qui l'hypothèque a été consentie, ses héritiers ou ayants cause, pourront céder cette hypothèque ou son rang d'antériorité, mais seulement par acte authentique. »

Quelle était la portée exacte des expressions : « céder l'hypothèque, — céder ses droits à l'hypothèque ? » Le rapport présenté par M. Persil, au nom de la Commission instituée par le gouvernement pour la préparation du projet, ne s'en explique pas. En l'absence d'un commentaire officiel le sens grammatical des mots s'imposait. Les deux articles devaient être regardés comme s'occupant de la cession de l'hypothèque et non de la cession de la créance. C'est l'interprétation naturelle, c'est celle que donnèrent au texte du projet, en refus-

sant d'y adhérer, les deux commissions de l'assemblée législative et du Conseil d'Etat. « L'article 2139 du projet, disait M. de Vatimesnil, au nom de la commission de l'assemblée législative, paraît supposer que l'hypothèque peut être cédée indépendamment de la créance. La commission ne croit pas devoir admettre ce genre de cession qui lui paraît contraire aux principes et sujet à de graves inconvénients. » M. Bethmont, au nom du Conseil d'Etat, ajoute de son côté : « Une semblable cession ne se conçoit pas. On doit exprimer formellement la faculté de céder la créance hypothécaire, mais non la faculté de céder l'hypothèque, droit distinct, détaché de l'obligation. »

De là deux contre-projets modifiant les articles 2127 et 2139 du projet du gouvernement et substituant, afin de ne laisser subsister aucune équivoque, aux mots « céder l'hypothèque » les mots suivants : « céder la créance hypothécaire ou les droits à l'hypothèque ».

Le projet de la commission de l'assemblée législative fut adopté sans modifications en deuxième lecture à la séance du 20 février 1851. Les événements politiques qui suivirent bientôt arrêtaient les études commencées. Le projet de réforme fut ajourné.

La question avait été posée ; il était désormais impossible qu'elle passât inaperçue.

Quand on songea à la loi sur la transcription et qu'on voulut y insérer un article sur la subrogation aux droits d'hypothèque, les deux projets, celui de 1849 et celui de 1850, furent repris. Le second l'emporta d'abord. L'article 11 du projet du gouvernement adopta la rédaction proposée de concert en 1850 par les deux commissions du Conseil d'Etat et de l'assemblée législative : « Les femmes ne peuvent céder leurs droits à l'hypothèque légale ou y renoncer... » C'était la condamnation de la cession d'hypothèque. Mais, à l'inverse de ce qui s'était passé en 1850, la commission du corps législatif demanda et fit prévaloir le retour pur et simple au projet de 1849, celui que MM. Vatimesnil et Bethmont avaient fait modifier comme adoptant le système de la cession d'hypothèque sans la créance. De là, l'article 9 de la loi du 23 mars 1855.

Ces faits sont concluants. Aussi, la grande majorité des

auteurs qui, depuis la loi de 1855, ont écrit sur la matière admettent la légalité de la cession de l'hypothèque sans transmission de la créance. M. Mourlon, qui avait auparavant soutenu la théorie opposée, a changé d'avis : « C'est aujourd'hui, dit-il, un principe acquis. La femme peut céder son hypothèque principalement, c'est-à-dire indépendamment de la créance à laquelle elle est jointe. » (*Transcription*, II, p. 565.)

Toute controverse était-elle éteinte ? On pouvait le croire. Cependant MM. Bénéch, Aubry et Rau sont restés fidèles à la théorie de la cession des créances. M. Bertauld en 1864 reprenait son principe avec une vigueur nouvelle :

« La loi de 1855, écrit-il, se borne à accepter une terminologie accréditée pour exprimer le fait juridique dont il ne se propose de régir que la forme ; en prenant les mots dans le sens que l'usage leur assigne, il n'altère ni ne modifie la nature, l'essence de la stipulation qu'il assujettit à l'authenticité et à l'inscription... Si le législateur eût eu la pensée qu'on lui impute, il l'eût traduite clairement, sans équivoque : on ne clôt pas une controverse d'une manière aussi détournée, dans un langage aussi énigmatique. » D'autre part, « cette question ne rentre ni essentiellement ni même naturellement et normalement dans les attributions du législateur... Si la séparation de l'hypothèque et de la créance avec laquelle elle est née est impossible, cette impossibilité découle de la logique du droit, de nécessités si impérieuses qu'elles n'appellent aucune sanction... L'hypothèque est une qualité qui ne peut, sans s'évanouir, être séparée de la créance qui en est le sujet... Cette impossibilité n'est pas artificielle, elle s'impose ; elle n'est pas l'œuvre d'une volonté, elle est le résultat de la nature des choses. »

Cette doctrine est subtile et absolue. M. Valette expose une doctrine plus simple et plus vraie quand il dit : « Nous pensons qu'aucune loi ne prohibant la cession d'un droit d'hypothèque, ce droit qui, en somme, est purement pécuniaire, ne peut être mis hors du commerce, mais qu'il est négociable et transmissible ; suivant nous, il y a lieu d'appliquer ici l'adage : qui peut le plus peut le moins ; nul n'a intérêt ni qualité pour se plaindre de ce que la cession ne comprend qu'un accessoire, un émolument de la créance, au lieu d'embrasser la créance

tout entière. » (*Traité des hypothèques*, p. 209.)

Néanmoins, la théorie de M. Bertauld a jeté quelque hésitation dans la jurisprudence. Même après la loi de 1855 des décisions ont déclaré l'impossibilité de céder l'hypothèque isolément. Ces décisions sont devenues de plus en plus rares. A quelle époque la jurisprudence s'est-elle définitivement fixée dans notre sens ? Il est difficile de préciser sur ce point. L'évolution semble s'être complètement accomplie vers 1870. La jurisprudence, maintenant, ne mérite plus le reproche que nous adressions à la jurisprudence antérieure. Les conséquences sont d'accord avec le principe.

Au surplus, toute hésitation serait maintenant impossible en présence du texte de la loi du 13 février 1889.

PLAN

Le terrain de notre étude se trouve ainsi déjà sensiblement déblayé. Si nous n'en avons pas fait disparaître toutes les aspérités, toutes les difficultés, nous avons du moins pour l'étude des pactes subrogatoires une base solide. Nous savons que les conventions relatives à l'hypothèque prévues par les lois de 1855 et 1889 portent sur l'hypothèque seule et non sur la créance. Nous avons d'autre part dégagé trois grands points certains. C'est sous l'influence de ces prémices que nous allons continuer notre travail.

Auparavant, indiquons l'esprit dans lequel est conçu ce travail, le plan que nous allons suivre.

Le but de notre étude est de rechercher la nature exacte des conventions diverses que la femme peut passer relativement à son hypothèque légale, les effets qu'elles produisent, et, par suite, de les différencier nettement quant à leur utilité propre, quant aux besoins auxquels chacune répond. Nous n'entrerons donc point dans l'examen des formalités requises pour leur validité. Nous supposons que ces formalités ont été remplies.

Quant au plan, nous avons longuement hésité. Nous avons déjà indiqué que ces conventions diverses étaient identiques quant au fond, que ce qui variait et les séparait, c'était moins le caractère de la convention que les circonstances dans lesquelles elles intervenaient ; qu'il ne fallait pas cependant conclure de ce fait que ces conventions produisaient toujours et identiquement les mêmes effets. Mais nous nous sommes rendu compte de l'impossibilité où nous étions d'exposer un travail un peu approfondi sans prendre un à un chacun de ces contrats et l'étudier séparément quant à sa nature et quant à ses effets. Mais si nous sommes obligés de recourir à cette division de notre travail, c'est, nous le répétons, sous la réserve de l'idée générale que nous venons de formuler.

Une dernière remarque : La loi de 1855 et celle de 1889 qui réglementent les conventions relatives à l'hypothèque isolément de la créance ne sont des lois ni prohibitives ni limitatives. Elles n'ont pas pour but de ne permettre que cette seule sorte de contrats. Elles en règlent un, le plus important, le plus communément employé, mais elles n'empêchent nullement les parties de recourir à une convention autre, soumise au droit commun.

L'ordre dans lequel nous étudierons ces stipulations sera le suivant :

D'abord nous examinerons les contrats portant directement et principalement sur l'hypothèque légale et nous verrons successivement :

La subrogation proprement dite et la renonciation *in favorem*.

La cession d'antériorité.

La subrogation tacite.

La renonciation expresse et tacite prévue par la loi de 1889.

La promesse d'abstention.

Ensuite les contrats dans lesquels la transmission de l'hypothèque n'a lieu que par voie de conséquence :

Cession des créances en reprises.

Subrogation conventionnelle ou légale à la créance en reprises.

Nantissement constitué sur ces créances.

Enfin nous étudierons la législation spéciale au Crédit foncier de France et au Crédit colonial, en tant qu'elle se sépare du droit commun relativement à l'hypothèque légale de la femme mariée.

SUBROGATION PROPREMENT DITE

Nous étudierons ce contrat en deux parties : dans la première, nous examinerons les difficultés qui se sont élevées quant à sa nature, son étendue et son efficacité. Dans la seconde nous verrons les effets qu'il produit.

PREMIERE PARTIE

NATURE — ÉTENDUE — EFFICACITÉ

CHAPITRE PREMIER

NATURE DE LA SUBROGATION

Autant d'auteurs, pourrait-on dire, autant de conceptions différentes.

Le mot « subrogation » n'avait point de signification technique dans la langue du droit romain. On commence à le trouver employé dans le droit canon où il paraît, usité en matière litigieuse sur la possession des bénéfices, dans le sens de remplacement d'une personne par une autre pour exercer les mêmes droits. (RENUSSON, *Traité de la subrogation*, ch. I, n^{os} 8 et 9.)

En droit civil la subrogation qui, dans sa plus large acception, signifie substitution d'une personne à un autre (subrogation personnelle) ou d'une chose à une autre (subrogation réelle) pour avoir la même condition juridique, a reçu une acception spéciale dans les articles 1249 à 1252 du Code civil : c'est le paiement avec subrogation.

Or il est certain que la subrogation dont parle la loi du 23 mars 1855 ne constitue point une véritable subrogation. Il n'y a dans les deux opérations de commun que ceci : Un tiers se trouve autorisé à exercer à son profit l'hypothèque légale dont le créancier pouvait auparavant se prévaloir pour lui-même. Il y a substitution d'une personne à une autre. Là est toute la ressemblance. Au fond comme en la forme, tout le reste diffère.

1° La subrogation du Code civil est tantôt légale et tantôt conventionnelle. La subrogation à l'hypothèque légale est toujours conventionnelle ;

2° La subrogation est régie quant aux formes par l'article 1250 du Code civil ; la subrogation à l'hypothèque légale par la loi du 23 mars 1855 ;

3° La subrogation est un contrat à titre onéreux. Elle implique un paiement. Elle est la substitution d'une personne qui paie à un créancier qui est payé. La subrogation à l'hypothèque légale se présente presque toujours avec tous les caractères d'un contrat de bienfaisance. Elle n'implique aucun paiement. La femme utilise comme moyen de crédit le droit éventuel qu'elle a contre son mari ;

4° La subrogation suppose une transmission de la créance avec toutes ses garanties accessoires. La subrogation à l'hypothèque légale, au contraire, ne porte que sur l'hypothèque. La femme conserve sa créance.

Ce n'est donc pas la subrogation prévue par le Code civil. Il se pourrait cependant qu'il y eût une véritable subrogation, par exemple si la femme reçoit d'un tiers le paiement de ses créances garanties ou si le mari emprunte pour désintéresser sa femme. Mais semblable opération ne se produira pour ainsi dire jamais durant le mariage, puisque les reprises ne deviennent habituellement exigibles qu'à la dissolution, et c'est au contraire pendant le mariage qu'interviennent, le plus souvent, les conventions de subrogation à l'hypothèque légale. Quoi qu'il en soit, nous aurions alors une subrogation ordinaire prévue par l'article 1250 du Code civil et non une subrogation à l'hypothèque légale, puisque cette hypothèque ne serait plus transmise directement, mais par voie de conséquence.

La subrogation à l'hypothèque légale a très souvent pour but de donner à un créancier du mari une garantie supplémentaire consistant en ceci que le créancier non payé à l'échéance recevra le paiement destiné aux reprises de la femme. De là cette convention serait « une délégation faite éventuellement par la femme et résultant de la promesse par laquelle elle s'oblige conditionnellement en ce sens qu'elle s'engage à payer, ou au moins à abandonner à titre de paie-

anent les droits qu'elle peut avoir contre son mari pour que le créancier auquel elle en fait l'abandon exerce ses droits à sa place, si, à l'échéance, le mari ne paie pas lui-même la dette qu'il a souscrite envers ce créancier. C'est, dans une certaine mesure, la novation conditionnelle dont parle Marcadé dans son commentaire de l'article 1292 (IV, n° 757). La femme en s'obligeant n'éteint point la dette du mari, elle y ajoute sa propre dette, et les deux subsistent jusqu'à l'événement dont l'effet sera, suivant que la condition prévue se réalisera ou non, soit d'effacer l'obligation de la femme, même rétroactivement et comme si elle n'eût jamais été prise, soit de la maintenir au contraire, rétroactivement aussi, et comme si la femme eût été liée dès l'origine. » (PONT, *Privilèges et hypothèques*, t. 1, n° 172.)

Ainsi la subrogation serait une délégation conventionnelle. Or il est aisé de prouver que la subrogation à l'hypothèque légale de la femme n'est ni une délégation parfaite, ni une délégation imparfaite.

La femme peut céder son droit hypothécaire et ne pas s'obliger personnellement. C'est même ce qui arrive dans la majorité des cas. Or, sans engagement personnel du délégué, en l'espèce ce serait la femme, il ne peut exister ni délégation parfaite, ni délégation imparfaite.

Et d'autre part, si la femme s'oblige personnellement, il pourra y avoir délégation parfaite, le plus souvent imparfaite ; mais en tout cas ce ne sera pas une subrogation. Qui dit obligation personnelle dit obligation *in infinitum*. Or, nous verrons, en étudiant les effets de l'opération, que la personne qui subroge contracte un engagement bien limité et défini.

Si l'on ne peut donc voir une délégation dans la subrogation à l'hypothèque légale, on ne peut dire davantage que cette subrogation constitue un nantissement. Ces deux contrats ont un certain nombre de points de ressemblance :

- 1° Ce sont des garanties d'une dette principale ;
- 2° La femme conserve la propriété des droits qu'elle engage ;
- 3° Si le créancier est payé sans avoir utilisé la subrogation, la femme recouvre de plein droit l'entière disposition de son hypothèque ;

4° Le créancier subrogé acquiert un droit réel, une hypothèque en vertu de laquelle il se fera attribuer, par préférence à tout autre créancier, le montant de la collocation qu'obtiendra plus tard la créance engagée ;

5° Si le créancier subrogé n'absorbe pas la somme pour laquelle il a été colloqué, le surplus appartient à la femme.

Mais si les ressemblances sont frappantes, les différences sont telles qu'il est impossible d'assimiler la subrogation à un contrat de gage. Ces différences se manifestent quant à la forme, quant à l'étendue, quant à la réalisation.

1° *Formes*. — Le gage pour sa perfection, quant aux tiers, exige l'accomplissement des formalités prescrites par les articles 2074 à 2076 du Code civil (remise des titres, signification au débiteur ou son acceptation authentique).

La subrogation à l'hypothèque légale produit ses effets sans aucune de ces formalités et, d'autre part, il n'est pas besoin de faire la signification exigée par l'article 1690 du Code civil. D'autre part, la remise des titres au créancier, condition essentielle du nantissement, est, dans la plupart des cas, impossible, puisque, sauf en ce qui concerne les apports constatés par le contrat de mariage, la créance de la femme, objet du prétendu gage, indéterminée et soumise à des fluctuations qui se renouvellent sans cesse jusqu'au jour de la liquidation, est nécessairement une créance sans titre.

2° *Etendue*. — Le gage ne peut être établi que sur des droits déjà nés et individualisés. (*Argt.*, art. 2074, § 1, C. civ.)

La subrogation à l'hypothèque légale peut porter sur toutes les créances que la femme a ou aura contre son mari, tant sur ses créances actuellement nées que sur ses créances futures.

3° *Réalisation*. — Le créancier gagiste, non payé à l'échéance, a le choix entre trois partis :

a) Faire vendre la créance engagée si le débiteur de cette créance n'en offre point le paiement ;

b) En poursuivre le remboursement et se faire attribuer par préférence à tout autre créancier le montant des sommes obtenues ;

c) Se faire autoriser par justice à la garder en paiement jusqu'à concurrence de l'évaluation faite par experts.

Le créancier subrogé à l'hypothèque légale n'a pas le

choix. Il a seulement le droit de poursuivre le remboursement des créances de la femme.

Aussi certains auteurs, comprenant le défaut du système, le corrigent-ils en considérant la subrogation comme un contrat de gage d'une nature particulière, un nantissement *sui generis* qu'ils qualifient de cautionnement réel dispensé de tradition. Cette théorie se fonde sur l'intention des parties. La femme a voulu donner une garantie au subrogé qui a voulu l'acquérir ; à cet effet les parties ont constitué une sûreté spéciale. Elles ont transformé en un instrument de crédit l'hypothèque qui pesait sur les immeubles du mari. Là s'arrêtent les effets de la convention. Ces auteurs indiquent par là même la différence qui existe entre la subrogation et le nantissement dont la raison d'être consiste dans la quasi-possession qui en constitue par suite la condition indispensable et sans laquelle aucun des effets qu'il produit ne pourrait se réaliser. On ne saurait donc accepter leur manière de voir. « La jurisprudence, disent-ils, n'exige pas la tradition dans l'hypothèse qui nous occupe. » Oui, mais c'est précisément parce qu'elle ne reconnaît pas à la subrogation le caractère d'un nantissement.

La subrogation à l'hypothèque légale serait-elle alors la cession d'une créance déterminée entraînant comme conséquence la transmission de l'hypothèque ? Il est impossible de répondre par l'affirmative, alors même que la cession de la créance de la femme serait accompagnée, comme cela arrive souvent, du transport des droits matrimoniaux de celle-ci, suivant la formule usitée en pareil cas. Car la cession-transport n'est pas autre chose que la vente appliquée aux choses incorporelles telles que les créances ; par conséquent elle est soumise aux conditions qui sont de l'essence même de la vente, c'est-à-dire qu'il faut d'une part un prix, d'autre part dessaisissement du cédant de la propriété de la chose concédée. Or, dans le contrat de subrogation, la femme ne reçoit aucun prix de la cession par elle consentie. La somme fournie est généralement remise au mari, non à la femme et le mari la reçoit, non à titre de prix de la cession, mais à titre de prêt. D'autre part, malgré cette cession, la femme reste créancière de son mari de la totalité de ces mêmes reprises et conserve le droit de s'en faire payer le montant intégral sur les biens de celui-ci

pourvu que ce ne soit pas au préjudice du subrogé. Enfin ses créances survivent, ainsi que son hypothèque au paiement que le mari fait au créancier. C'est ainsi qu'un arrêt de la cour de Paris du 27 mai 1848 (*J. P.* 2°, 1848, p. 258) ne voit autre chose dans une pareille cession que le droit conféré au créancier subrogé de se faire colloquer au lieu et place de la femme, du moins lorsque la cession est limitée aux biens spécialement hypothéqués à ce créancier.

A un autre point de vue, nous trouvons encore une différence que nous signalions déjà à propos du nantissement. La femme, quand elle consent une subrogation générale, transmet au créancier subrogé l'hypothèque qui garantit ses créances déjà nées et ses créances futures, résultat impossible à admettre avec un transport-cession qui ne peut avoir lieu que relativement à une créance déterminée.

Ce n'est pas à dire que la femme ne pourra jamais faire un transport-cession. Evidemment elle aura le droit de céder à un tiers, d'une manière actuelle et définitive, une créance fixe qui lui appartiendrait contre son mari ; cette cession emporterait à la fois transport de la créance et de l'hypothèque par voie d'accessoire. Nous reviendrons sur ce point quand nous nous occuperons de la transmission de l'hypothèque par voie de cession de créance.

M. Bertauld, dans son ouvrage précité, évite une partie de ces reproches en considérant la subrogation comme « un abandon éventuel par la femme de la totalité ou de partie seulement de ses droits, sous la condition qu'ils lui demeureront, qu'elle pourra les exercer elle-même, si le subrogé n'en use pas, en telle sorte que celui-ci n'en est investi que par une sorte de dation en paiement subordonnée à son besoin ; elle confère plus qu'un droit de gage ; elle transfère éventuellement la propriété, et c'est bien ce qui explique que les événements ultérieurs qui éteindraient la créance, si elle était restée dans les mains de la femme, ne l'éteignent pas dans la main de son cessionnaire... Si la subrogation a de la parenté et de la ressemblance avec le contrat de gage, il faut cependant reconnaître que ce qui prédomine en elle, c'est la physionomie, la forme, et même au fond la nature du transport. C'est une sorte de transport conditionnel réglé par les articles 1690

et suivants du Code civil et non par les articles 2075 et 2076 de ce Code. » D'après cette théorie, le subrogé devrait non seulement remplir les formalités de la loi de 1855, mais encore celles de l'article 1690. M. Bertauld ne recule pas devant cette conséquence. Il n'admet d'ailleurs pas, ainsi que nous l'avons déjà dit, la disjonction de l'hypothèque et de la créance qu'elle garantit. Nous n'admettons pas ce point de départ contraire à la loi de 1855. De plus, nous avons de graves objections à formuler contre cette conception de la subrogation. D'abord, l'objection présentée précédemment : un transport est une vente ; par conséquent, il faut un prix. Il n'y a pas de prix. D'un autre côté, s'il y a cession-transport au fond, le cessionnaire est devenu propriétaire définitif et irrévocable, propriétaire quand même de la créance nominale ment cédée. Il pourra donc désormais en disposer à titre gratuit ou onéreux. La femme qui aura aliéné toutes ses reprises ne pourra plus les utiliser vis-à-vis de qui que ce soit, même pour la portion redevenue libre après l'acquittement de la dette pour le paiement de laquelle elles avaient été cédées.

Pour MM. Aubry et Rau, « la subrogation dans l'hypothèque légale, de quelque manière et sous quelque forme qu'elle se soit opérée, n'investit le créancier subrogé ni de la propriété des créances de la femme, ni même de son hypothèque, laquelle reste attachée comme accessoire à ses droits et reprises. Elle confère seulement au subrogé le droit d'exercer éventuellement les droits hypothécaires de la femme dans la mesure et sous les mêmes conditions qu'elle pourrait le faire elle-même. » En évitant de reconnaître dans la subrogation soit une cession, soit une véritable *datio in solutum*, cette théorie évite toute translation de propriété. Mais si l'on écarte les précautions de langage, ce système revient à ceci : La subrogation affecte les garanties hypothécaires de la femme à l'acquittement des droits du subrogé. Elle les lui hypothèque. N'est-ce pas la restauration de la doctrine de Pothier ? Mais est-elle légale ? L'article 2118 du Code civil ne range ni l'hypothèque ni les créances hypothécaires parmi les biens susceptibles d'être ainsi affectés à l'acquittement des obligations. Si la subrogation réalise à peu près le même résultat, c'est en étant une cession d'hypothèque, ainsi que le dit formellement

l'article 9 de la loi du 23 mars 1855. L'hypothèque est donc transférée au subrogé, soit seule, soit conjointement à la créance garantie. Or, dans le système de MM. Aubry et Rau, il y a bien cession en apparence, mais c'est une cession par laquelle rien n'est cédé. Cette prétendue cession n'est en réalité qu'une affectation par hypothèque au mépris de l'article 2118 du Code civil.

Faut-il donc voir dans la subrogation, comme M. Gauthier, une simple cession d'antériorité ? « La subrogation, dit-il, se réduit de la part de la femme à un consentement d'antériorité ou à une renonciation à son droit d'hypothèque en faveur du créancier avec lequel elle contracte et au préjudice duquel elle ne peut plus le faire valoir. »

Sans doute, il y a des analogies entre la cession d'antériorité et la subrogation. Dans bien des cas, par la force même des choses, il pourra arriver que les deux opérations juridiques se confondent. Ce sont en effet deux applications du même principe. Mais il existe entre elles des différences essentielles que nous signalerons quand nous nous occuperons de la cession d'antériorité. Cette opinion limite les effets de la convention contrairement à la volonté des parties. Ce n'est pas seulement le rang, c'est l'hypothèque elle-même qui a été cédée. Ce n'est pas seulement sur les immeubles hypothéqués dans l'obligation à laquelle elle a concouru que porte la convention. La clause a une portée plus large et plus générale. En subrogeant le tiers dans son hypothèque la femme lui a transmis ses droits : elle l'en a investi, non seulement sur l'immeuble hypothéqué par le même acte, mais sur tous les immeubles du mari. Les termes mêmes employés manifestent sa volonté à cet égard.

De l'examen de ces diverses opinions, que faut-il conclure, sinon que la subrogation à l'hypothèque légale ne rentre dans le cadre d'aucun des contrats prévus et réglementés par le Code civil ? Mais que faut-il alors entendre par subrogation ?

Les conventions relatives à l'hypothèque légale, nous l'avons établi précédemment, ne portent que sur l'hypothèque. La subrogation est donc une cession d'hypothèque légale, « une convention, selon la formule de M. Beudant, par laquelle la femme transporte conditionnellement ses garanties à un

tiers qui pourra ainsi les faire valoir à son profit exclusif ».

C'est une cession des garanties hypothécaires de la femme. La femme abdique son hypothèque, mais conserve sa créance. De là découlent un certain nombre d'effets que nous ne faisons qu'indiquer ici : 1° le droit conféré au subrogé n'est qu'un droit éventuel subordonné à l'existence de droits au profit de la femme au moment de la liquidation ; 2° elle ne leur confère le bénéfice de l'hypothèque, quels que soient le nombre et le montant de leurs créances, que dans la mesure des droits de la femme ; 3° le subrogé n'acquiert point l'action personnelle de la femme contre son mari ; il n'a qu'un droit de collocation hypothécaire ; 4° enfin les articles 1690, 2114 et 2145 du Code civil sont étrangers à l'hypothèse.

D'autre part, la femme ne transmet sa sûreté au subrogé que dans la limite de son intérêt. Il y a dans ce transport de l'hypothèque quelque chose de conditionnel. Donc la femme conserve éventuellement ses garanties hypothécaires en tout ou en partie dans le cas où le subrogé n'épuiserait pas ses droits. Et la femme peut aussi, sous la réserve des droits des subrogés antérieurs, consentir plusieurs subrogations successives.

Cette cession de l'hypothèque est faite dans l'intérêt exclusif du subrogé. En effet, grâce à elle, le cessionnaire de l'hypothèque échappe à la loi du concours qui dérive des articles 1166 et 2093 du Code civil. Il acquiert un droit de préférence sur l'émolument de l'hypothèque, d'où : 1° il est payé par préférence aux autres créanciers sur la collocation obtenue par la femme ; 2° s'il y a plusieurs subrogés, l'émolument de l'hypothèque est distribué entre eux par ordre, c'est-à-dire, depuis la loi de 1855, dans l'ordre des inscriptions ou mentions marginales par eux requises.

CHAPITRE II

CAS DANS LESQUELS IL Y A SUBROGATION

La subrogation à l'hypothèque légale peut être expresse ou tacite.

Elle est expresse, non seulement lorsque la femme s'est servie pour la consentir du mot « subrogation », mais encore lorsqu'elle a employé des termes équivalents, sur la portée desquels il appartient d'ailleurs aux juges du fond de se prononcer souverainement. C'est ainsi qu'en fait il n'y aura d'ordinaire que subrogation, dans l'hypothèse où la femme aura déclaré céder son hypothèque : subrogation et cession sont en effet des expressions presque toujours synonymes dans l'esprit des parties, lorsqu'il s'agit de conventions relatives à l'hypothèque légale d'une femme mariée ; tout au moins la cession d'hypothèque légale n'apparaît-elle que comme une variante de la subrogation à l'hypothèque légale. Telle est bien, au surplus, la portée que le législateur a entendu lui-même donner à ces expressions, car l'article 9 de la loi de 1855 emploie tour à tour, pour désigner la convention, les mots : cession, subrogation et aussi renonciation.

La subrogation peut aussi être tacite, c'est-à-dire s'induire, à défaut d'une déclaration expresse, d'actes qui la font nécessairement supposer. Elle se présente alors sous la forme de renonciation. Nous examinerons, quand nous étudierons la subrogation tacite, les hypothèses d'où elle résulte.

La loi de 1855 a employé trois expressions pour désigner l'opération qu'elle réglementait. « Dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer... subrogation... » La cession et la renonciation dont il y est question constituent-elles une même opération juridique ? C'est notre

avis. Dans le texte, renonciation est pris comme équivalent de cession. Céder ou renoncer, c'est accomplir un acte translatif, une cession ou une renonciation *in favorem*, c'est-à-dire transférant comme la cession elle-même les avantages de l'hypothèque légale. Les termes de l'article conduisent à cette solution. Cession et renonciation sont mises sur la même ligne, déclarées équivalentes par la conjonction « ou », considérées comme conduisant aux mêmes résultats et astreintes aux mêmes formalités. L'une et l'autre convention ont pour but de transmettre l'hypothèque légale. La loi de 1855, en établissant une identité parfaite entre les deux opérations, n'a d'ailleurs fait que se conformer à la pratique antérieure qui traduisait ces deux expressions par un terme générique : subrogation à l'hypothèque légale. Cela apparaît clairement dans la rédaction de l'article. Après avoir désigné les deux opérations par les mots « céder ou renoncer », la loi englobe les deux à la fois dans le terme « subrogation ». Au surplus, le mot subrogation est employé aujourd'hui, d'une façon unanime, par la doctrine, la jurisprudence et la pratique des affaires pour désigner soit la cession, soit la renonciation translative.

Afin d'éviter toute confusion, faisons remarquer immédiatement que nous n'avons en vue que la renonciation *in favorem*. Il faut bien se garder de la confondre avec la renonciation dont parle la loi de 1889. Cette renonciation qui intervient au profit du tiers acquéreur d'immeubles soit du mari, soit de la communauté, joue un rôle analogue à la purge : elle a pour but de dégrever de l'hypothèque légale l'immeuble vendu. La renonciation *in favorem* intervient au contraire en faveur d'un créancier. Tendant ainsi à un but complètement opposé, elles ne sauraient être confondues sans que leur confusion entraînat des erreurs certaines.

La cession et la renonciation *in favorem* sont donc, selon nous, deux opérations identiques. La doctrine n'a pas toujours été unanime et des théories divergentes se sont produites. Avant d'entrer dans leur examen, voyons quelles ressources nous offre la tradition historique.

Nous avons déjà examiné, en droit romain, si la *remissio pignoris* était *in rem* ou *in personam*.

Dans l'ancienne jurisprudence, on discuta beaucoup sur le caractère investitif ou purement désinvestitif des renonciations.

Basnage (*Traité des hypothèques*, 1^{re} partie, chap. 17) suit la loi 12, § 4 D. *Qui pot. in pign.* ; Pothier (*Introd. à la coutume d'Orléans*, ch. I, S. IV, n° 64) renvoie également à la solution du même fragment.

Deluca (Ch. Ant.) (cité dans l'ouvrage de M. Bertauld, n° 34) paraît établir une différence bien tranchée entre la renonciation et la cession en s'attachant uniquement au sens grammatical : *Censeo resolvendum quod si mulier renuntiavit solum hypothecæ, is qui contraxit excludet solum mulierem a dictis bonis, non creditores qui ante ipsum contraxerunt. Si mulier fecit cessionem jurium, tum contrahens excluderet etiam creditores, quos mulier præcedebat, ejus locum repræsentando.*

Plus préoccupé de l'intention des parties, Olea, cité dans Bénéch (*op. cit.*, n° X), assimile la renonciation à la cession : *Quotiens actus qui per viam simplicis renuntiationis geritur, talis est ut ex eo contrahentes finem suum non consequerentur, nisi renuntiatio simul translativa juris esset, renuntiatio pro cessione habetur.*

D'après Lamoignon (cité dans Pont (*Priv. et Hyp.* t. I, p. 518), le bénéficiaire de la renonciation devait « entrer dans l'hypothèque du renonçant ».

Le Code civil, dans l'article 2180, 2°, déclare que la renonciation du créancier éteint l'hypothèque. Mais il ne s'agit que de la renonciation intervenue entre le créancier et le débiteur. Ce n'est pas notre cas. M. Bénéch fait intervenir dans le débat les articles 780 et 786 du Code civil ; selon lui, on peut, en les comparant et en les généralisant, déterminer l'esprit de notre droit civil sur le caractère de la renonciation. Elle est abdica-tive si celui à qui elle doit profiter avait un droit préexistant dans la chose abandonnée : telle est la situation des cohéritiers réunis (art. 786 C. civ.) ; elle est transmissive si celui à qui elle doit profiter n'avait aucun droit préexistant dans la chose abandonnée : telle est spécialement l'hypothèse où un cohéritier renonce en faveur de l'un de ses cohéritiers à l'exclusion des autres (art. 780, 1°). L'application de cette méthode con-

duit à assimiler la renonciation à l'hypothèque à une véritable cession.

Cette distinction est admissible, mais elle est insuffisante pour les questions de subrogation où il faut avant tout connaître la pensée des contractants ; elle ne peut nous donner qu'une sorte de présomption qui doit tomber devant l'intention des parties si elles ont voulu un autre résultat.

Deux principes doivent nous guider pour le choix de la solution à adopter :

1° Nous interprétons ici des conventions. Par conséquent il convient non pas de fixer *a priori* le sens du mot renonciation, mais de chercher quelle a été la volonté probable du renonçant et du stipulant, d'après le but qu'ils se sont proposé, d'après les usages de la pratique, d'après les circonstances du contrat. *In contractibus rei veritas potius quam scriptura perspicui debet* ;

2° D'autre part, celui à qui la convention est consentie, ne stipule et ne peut stipuler que pour lui-même et ses ayants cause, et non pas pour autrui, pour les autres créanciers : *Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando, quisquam alteri cavere potest.*

Voyons maintenant les divers systèmes présentés sur la nature de la renonciation *in favorem*.

Suivant Proud'hon, les renonciations *in favorem* à l'hypothèque légale ne se confondent pas avec les subrogations à cette hypothèque. Elles ne donneraient, quelle que fût leur date, à ceux au profit desquels elles interviendraient, aucun droit de préférence sur les autres créanciers ; elles ne donneraient que le droit de se partager par contribution l'émolument de l'hypothèque légale ; elles seraient, indépendamment d'une stipulation, la conséquence de tout engagement souscrit par une femme mariée.

« Quel serait le but, se demande-t-il, du créancier qui se présenterait avec un acte portant que la femme n'a pas seulement déclaré qu'elle entendait s'obliger personnellement pour la garantie de l'emprunt du mari, mais qu'elle a renoncé à son hypothèque en faveur du prêteur ; cette renonciation pourrait-elle être considérée comme équipollente à une cession ou à une subrogation d'hypothèque et donner au créan-

cier qui l'aurait obtenue un droit de préférence sur les autres ?

Nous croyons que cette question doit être décidée dans un sens négatif, parce qu'autre chose est de renoncer à l'exercice d'un droit et d'y renoncer même en faveur de quelqu'un, autre chose est de lui déléguer ou céder ce même droit pour qu'il l'exerce à son profit sur des tiers. La renonciation n'est, par sa nature, que privative pour celui qui la fait. Lui donner la force d'une cession de droits, ce serait étendre les effets au delà de ce que comporte leur cause...

S'il en était autrement ou si la renonciation faite même *in favorem* par la femme pouvait être seule et par elle-même équipollente à la cession de ses droits, il en résulterait que les créanciers envers lesquels elle se serait personnellement obligée ne pourraient jamais être forcés de venir par contribution... car lorsque la femme contracte avec son mari pour garantir l'emprunt fait par celui-ci, il est certain qu'elle est censée renoncer à tous ses privilèges et hypothèques en faveur du prêteur (*Arg.*, art. 2092 C. civ.)... or qu'une renonciation soit expresse ou qu'elle ne soit que tacite, ce n'est toujours qu'une renonciation... on est forcé d'arriver à cette conséquence que la renonciation qu'elle peut avoir faite à ses hypothèques en faveur d'un créancier, ne peut avoir seule et par elle-même les effets d'un transport qui lui donnerait un droit de préférence sur les autres. » (*Usufruit*, n° 2339.)

Ainsi, selon Proudhon, les renonciations *in favorem* ne seraient autre chose que l'application du droit commun. Elles n'apporteraient aucune force à l'obligation personnelle de la femme. Cette stipulation demeure sans effet à l'égard des tiers. Elle constituerait si peu une abdication de la part de la femme que les bénéficiaires ne se distribueraient la collocation à elle afférente que parce que cette collocation n'aurait cessé de leur appartenir et par suite continuerait à être leur gage. Les renonciations *in favorem* ne seraient ni translatives ni extinctives. Ce système suppose en outre que toute renonciation *in favorem* implique une obligation de la part de la femme renonçante envers le stipulant et il admet les bénéficiaires des renonciations et les créanciers qui ont la femme pour obligée, mais qui n'ont fait aucun contrat relatif à l'hypothèque légale, à partager la collocation au marc le franc en vertu de l'article

1166 du Code civil. Il suit de là qu'entre deux créanciers ayant la femme pour obligée, celui qui, en outre, obtient une renonciation n'a aucun avantage sur l'autre. Il faut cependant bien admettre que, en faisant renoncer la femme à son hypothèque, le créancier veut ajouter à la force de l'obligation par elle consentie. Enfin, la femme ne peut-elle consentir une renonciation sans vouloir s'engager sur ses autres biens ?

La solution donnée par Proudhon surprend d'autant plus qu'un peu plus loin (*loc. cit.*, n° 2340) il donne à la renonciation une bien plus grande portée et lui reconnaît un effet translatif. Il suppose une aliénation d'immeuble faite par le mari. La femme intervient comme covenderesse ou garante et il dit : « L'aliénation du fonds consentie par les deux époux opérerait nécessairement, au profit de l'acquéreur, le transport de tous les droits des vendeurs. La femme n'aliénerait pas moins son droit d'hypothèque sur le fonds vendu que le mari son droit de propriété, puisque l'acte de vente consenti simultanément par eux emporterait, par sa nature, la cession des droits que l'un et l'autre avaient dans la chose... Cette espèce de cession est donc totalement différente d'une simple obligation personnelle que la femme aurait contractée par un acte d'emprunt fait avec son mari. »

N'y a-t-il pas là une contradiction manifeste ? N'insistons pas pour le moment sur le caractère qu'il donne à la renonciation à l'hypothèque légale consentie en faveur d'un tiers acquéreur. Nous reconnaissons avec lui que le concours de la femme à la vente diffère d'une simple obligation personnelle contractée avec le mari. Mais en quoi le concours de la femme à la vente diffère-t-il du concours de la femme à une affectation hypothécaire ? D'autant plus que M. Proudhon supposait même que la femme avait expressément consenti une renonciation *in favorem*. Il ne lui fait produire aucun effet. Mais alors vient à l'esprit la question suivante qui aurait sans doute fort embarrassé le savant professeur : Pourquoi la renonciation expresse n'a-t-elle pas autant d'effet que la renonciation tacite résultant du concours de la femme à l'acte de vente ?

Un second système a été présenté par MM. Zachariæ et Aubry et Rau. Il repose sur une distinction entre les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires. Inter-

venant au profit d'un créancier chirographaire, la renonciation *in favorem* ne produira aucun effet ; faite en faveur d'un créancier hypothécaire, elle entraîne au préjudice des créanciers hypothécaires intermédiaires cession du rang de la femme. La renonciation *in favorem*, dans ce dernier cas, constitue une cession d'antériorité.

Quels motifs donnent-ils de cette distinction ? « Dans le cas où la renonciation est stipulée par un créancier chirographaire, le droit de préférence de la femme ne rencontre pas d'hypothèque à laquelle il puisse s'attacher. Quand, au contraire, la renonciation est stipulée par un créancier hypothécaire, le droit de priorité, qui fait l'objet de la cession, vient s'incorporer à une hypothèque préexistante. »

Cette distinction nous semble purement arbitraire, et, de plus, étant donné la théorie que professent MM. Aubry et Rau sur la nature de la subrogation, nous ne saisissons pas bien leur idée. En effet, si la cession de priorité est la cession éventuelle de la créance hypothécaire de la femme (c'est leur doctrine), cette cession est valable par elle-même et peut également intervenir au profit d'un créancier chirographaire. Par conséquent, MM. Aubry et Rau n'attribuent pas à la renonciation l'effet d'une cession de la créance hypothécaire de la femme, autrement leur distinction ne s'expliquerait pas. Ce ne peut être la cession de l'hypothèque puisqu'ils ne l'admettent pas, et, d'ailleurs, elle pourrait également intervenir au profit d'un créancier cédulaire.

Un troisième système s'est produit : la femme promet seulement au tiers avec qui elle contracte de ne pas se prévaloir contre lui de son droit de préférence. Il n'y a pas transmission de l'hypothèque. La femme s'engage à maintenir cette hypothèque inactive si l'intérêt du stipulant l'exige. Le bénéficiaire n'a pas le droit de franchir la distance qui le sépare de la femme ; celle-ci devra au contraire venir se placer immédiatement après lui. L'ordre des créanciers ne sera pas interverti, mais tous avanceront d'un rang. Les créanciers intermédiaires, sans toutefois pouvoir réclamer l'inaction de la femme, en profiteront lorsque le bénéficiaire aura intérêt à s'en prévaloir. (Vœux émis par la faculté de droit de Caen, *Doc. hyp.*, III, pp. 7 et 8.) Cette interprétation ne supporte

pas l'examen. Elle doit être repoussée car elle fait bénéficier les tiers d'un contrat aux conséquences duquel ils doivent demeurer absolument étrangers. Faite dans un intérêt individuel, la renonciation *in favorem* ne doit profiter qu'à cet intérêt. Cette opinion amène cette conséquence que le créancier a d'abord stipulé pour des tiers et subsidiairement pour lui. Mais alors que deviennent les articles 1119 et 1165 du Code civil ?

Ce système a été amélioré. La cour de Caen, dans un arrêt du 2 mai 1855, rapporté par M. Bertauld (*op. cit.*, p. 68), évite une partie des objections qui précèdent. Tout en refusant le caractère de la subrogation à la renonciation *in favorem*, elle décide que cette renonciation ne serait pas une main levée absolue profitant à tous les créanciers, mais une main levée toute relative, ne produisant effet qu'entre la femme et celui qui l'a stipulée, et n'assurant à celui-ci que la somme qui resterait libre après l'acquit des créances hypothécaires intermédiaires, si l'hypothèque légale était condamnée à l'inaction. La femme sera donc colloquée à son rang ; seulement elle devra laisser prendre à ce rang, par le bénéficiaire, la somme qui serait restée libre après le paiement des créanciers intermédiaires si elle s'était abstenue. Supposons, par exemple, le cas suivant. La somme en distribution est de 20,000 francs. La femme a droit à 25,000 francs, des créanciers intermédiaires à 15,000 francs, le bénéficiaire de la renonciation à 10,000 francs. Ce dernier n'obtiendra que 5,000 francs parce qu'en faisant abstraction de l'hypothèque légale, il serait primé par 15,000 francs de créances intermédiaires.

M. Mourlon (*Subrog. pers.*, pp. 605 et 606) soutient un système qui paraît se rapprocher beaucoup du précédent, mais qui en diffère essentiellement par ses résultats :

« La renonciation faite au profit d'un créancier hypothécaire produit un double effet : elle éteint d'une part l'hypothèque de la femme dans la limite de ce qui est dû au créancier dans l'intérêt duquel elle est faite, elle améliore, elle étend d'autre part l'hypothèque de ce dernier ; car chaque hypothèque portant indivisément sur tout l'immeuble, l'extinction de l'une étend nécessairement, par une espèce de *jus accrescendi*, chacune de celles qu'elle primait. De là il résulte que le droit

abandonné par la femme s'est incorporé au droit d'hypothèque du créancier au profit duquel elle a renoncé. Celui-ci a par conséquent un droit exclusif au montant de la collocation qui eût été attribuée à la femme si elle n'eût pas renoncé, droit réel d'hypothèque que la femme ne peut plus lui enlever par des renonciations postérieures... mais cette extinction ne peut profiter qu'à lui seul... les hypothèques intermédiaires ne s'améliorent pas par suite de la renonciation... la portion d'immeuble que la renonciation laisse libre, entre exclusivement dans l'hypothèque du créancier au profit duquel la renonciation a été faite. »

Prenons des exemples : la femme a une créance de 3.000. *Primus* est créancier hypothécaire pour 1,500. *Secundus*, créancier hypothécaire postérieur pour 1,500 et en outre il a obtenu une renonciation en sa faveur. L'immeuble est vendu 4,000. *Secundus* sera colloqué pour 1,500. Quant à la femme, son hypothèque n'étant éteinte que dans la limite de ce qui était dû à *Secundus*, elle viendra à l'ordre se faire colloquer pour 1,500. *Primus* touchera 1,000.

Si le prix de vente n'est que de 1,500, *Secundus* sera colloqué pour 1,500. La femme et *Primus* ne toucheront rien.

Ces deux systèmes, quoiqu'ils s'en défendent, aboutissent donc à une véritable subrogation. Car pour obtenir la somme qu'il touche, le bénéficiaire devra primer le créancier intermédiaire qui ne recevra rien. Or il ne pourra le primer qu'en se faisant colloquer au rang de la femme.

Quand il s'agit d'une renonciation *in favorem* faite au profit d'un créancier chirographaire, le système de M. Mourlon est plus étrange. Il se ramène à ceci : la femme vis-à-vis du créancier bénéficiaire se trouve rangée dans la classe des créanciers chirographaires. Elle concourt au marc le franc avec lui. Vis-à-vis des autres créanciers, elle est parmi les créanciers hypothécaires et les prime. Prenons un exemple pour préciser l'idée : la femme a une créance en reprises dotales de 3,000. *Primus* est créancier hypothécaire, pour emprunt contracté par le mari après le mariage, de 1,500. *Secundus* est créancier chirographaire de 1,500 et obtient de la femme une renonciation *in favorem*. Supposons que le prix à distribuer soit de 3,000. *Primus* ne vient pas en ordre

utile. Quant à *Secundus*, les choses doivent se passer comme si la femme était créancière chirographaire. Dans ce cas, *Primus* aurait été colloqué pour 1,500. Il reste donc 1,500 à partager entre la femme et *Secundus* au marc le franc. La femme, créancière de 3,000, prendra 1,000 et *Secundus* 500. En définitive, la femme touchera 2,500 et *Secundus* 500.

Si la femme consent plusieurs renonciations *in favorem* au profit de créanciers chirographaires, aucun d'eux n'aura de droit de préférence sur les autres.

En autorisant la femme à concourir avec le créancier chirographaire en faveur duquel elle a renoncé à son hypothèque, M. Mourlon témoigne que, dans son esprit, cette renonciation ne produit pas comme lorsqu'elle intervient au profit d'un créancier hypothécaire « un résultat analogue à celui que produirait la cession ».

Cependant M. Mourlon n'adopte pas la distinction d'Aubry et Rau. Le mode de calcul est bizarre. Pourquoi cette retenue par la femme d'une partie de la somme à distribuer ? Comme le reproche M. Bertauld (*Op. cit.*, p. 86), « les diverses parties de la théorie de M. Mourlon nous semblent manquer de cohésion et d'unité ».

Nous rejetons donc également ces deux dernières théories, et nous n'hésitons pas à décider, conformément à la doctrine et à la jurisprudence la plus récente, que la renonciation *in favorem* est translatrice, qu'elle constitue une véritable subrogation transférant comme celle-ci tous les avantages de l'hypothèque légale. La renonciation extinctive, profitant à des tiers étrangers à la stipulation, est contraire à toute vraisemblance. La renonciation extinctive, ne profitant qu'au stipulant et dans les limites seulement du préjudice que lui causerait l'exercice de l'hypothèque légale, si elle s'ajoutait aux hypothèques intermédiaires est beaucoup plus favorable à la femme, mais n'est pas conforme à la volonté des parties. Cette théorie est arbitraire et dénuée de bases. Nous avons au contraire à invoquer, à l'appui de notre solution, le texte formel de l'article 9 de la loi du 23 mars 1855. C'est ainsi qu'un arrêt de la cour d'Aix du 8 avril 1892 (*Journal Cons. hyp.* 93, p. 118) et un arrêt de la Cour de cassation du 2 juin 1893 (S. 96, I. 38) ont décidé que la renonciation par la femme mariée à son hypo-

thèque légale en faveur d'un créancier du mari, équivaut à une véritable subrogation et qu'elle doit être maintenue malgré l'annulation de l'hypothèque conventionnelle consentie aux termes du même acte par le mari au profit du créancier.

Il faut donc entendre par subrogation à l'hypothèque légale l'acte par lequel la femme transmet à un tiers les avantages de cette hypothèque soit en la lui cédant, expressément ou tacitement, soit en y renonçant en sa faveur.

CHAPITRE III

ÉTENDUE DE LA SUBROGATION

Ayant ainsi défini ce que nous entendons par subrogation à l'hypothèque légale, ayant déterminé les cas dans lesquels il y a subrogation, nous allons nous demander quelle est l'étendue de la subrogation. Notre but est de rechercher les principes en vertu desquels, en présence d'une clause subrogative, nous pourrions déterminer quels immeubles du mari seront touchés par la subrogation.

Une remarque préliminaire est nécessaire. La volonté des parties joue sur ce point un rôle capital. Si la convention est nette à cet égard, pas de difficultés. Mais si les parties ne se sont pas exprimées d'une façon précise, le doute commence. Quelle limite ont-elles voulu apporter à leur stipulation ? C'est une question d'interprétation, une question de fait sur laquelle nos tribunaux se prononcent souverainement. Néanmoins, n'est-il pas possible de déterminer quelques grandes règles d'interprétation ? Nous en sommes convaincus et c'est sur l'étude des décisions judiciaires que nous avons basé notre opinion. Si les arrêts sont si nombreux sur ce point (nous ne nous en plaignons pas, puisque leur nombre à facilité notre tâche), cela tient non point tant à la difficulté de la question qu'aux circonstances de fait (insuffisance d'inscription), ou à l'obscurité de certaines clauses employées qui rendent parfois même douteuse, l'existence d'une subrogation véritable.

Nous supposons, comme dans toute la suite de notre étude, une subrogation à l'hypothèque légale valable :

1° Quant à la capacité de la femme mariée, (ce qui écarte les difficultés qui s'élèvent au sujet de l'inaliénabilité de l'hypothèque légale sous le régime dotal ou même sous les régimes de communauté accompagnés d'une stipulation de dotalité partielle) ;

2° Quant aux conditions de formes et de publicité exigées par l'article 9 de la loi du 23 mars 1855. Cette question sort du cadre que nous avons fixé à notre sujet.

Tout, avons-nous dit, est affaire d'interprétation. Cependant, il est un point certain sur lequel s'accordent la jurisprudence et la doctrine : c'est qu'une subrogation générale, c'est-à-dire conçue en termes généraux et absolus qui ne la restreignent pas dans les limites de l'hypothèque conventionnelle consentie au subrogé, porte sur tous les biens présents et à venir du mari, sans exception. Elle a la même étendue que l'hypothèque légale elle-même. Cette subrogation s'étend même aux biens advenus après la dissolution du mariage. (Cassation, 24 mai 1869, S., 69, 1, 345.)

C'est ainsi que les arrêts décident que le subrogé peut faire valoir sa subrogation sur les immeubles aliénés par le mari avant cette subrogation, pourvu, bien entendu, que la femme n'ait pas dès avant ladite subrogation renoncé à son hypothèque en faveur de l'acquéreur des immeubles ou que l'acquéreur n'ait pas rempli les formalités de la purge. (Cassation, 18 décembre 1854, S., 55, 1, 247. — Bourges 11 juin 1855, S., 55, 2, 636.)

De même une subrogation à l'hypothèque légale s'ajoutant à une hypothèque judiciaire ou à une hypothèque conventionnelle, portant sur les biens présents et à venir en cas d'insuffisance déclarée des biens présents, aura la même étendue que l'hypothèque judiciaire ou que l'hypothèque conventionnelle résultant de cette affectation.

Telle est, du moins en principe, la portée naturelle de la convention. Elle est générale et absolue. Mais il dépend des parties d'en décider autrement. A cet égard elles ont pleine liberté.

C'est ainsi que les parties peuvent restreindre l'étendue de la subrogation au point de vue des immeubles qu'elle frappe et stipuler qu'elle se limitera seulement à quelques-uns. Un arrêt d'Agen du 19 janvier 1898. (*La Loi* du 28 janvier 1898) décide que l'intention des parties à cet égard peut s'induire des termes de la convention, alors surtout que cette intention se révèle par l'inscription prise ultérieurement.

Jusqu'ici pas de difficultés. Le doute s'élève quand on se

trouve, par exemple, dans le cas suivant : un mari propriétaire de plusieurs immeubles, en affecte hypothécairement deux à son créancier. La femme intervient au contrat et consent une subrogation à son hypothèque légale en ces termes : « M^{me} X... subroge le créancier dans les effets de son hypothèque légale à raison de tous doits, créances et reprises qu'elle pourra avoir à exercer tant contre son mari que contre la communauté. » Nous nous trouvons donc en présence d'une affectation hypothécaire limitée à deux immeubles et d'une subrogation conçue en des termes tels qu'elle ne révèle point chez la femme la volonté manifeste de la limiter aux immeubles conventionnellement affectés. Quelle va être l'étendue de la subrogation ? Quel sera le droit du subrogé ? Ne pourra-t-il exercer le bénéfice de la subrogation que sur les immeubles hypothéqués par le mari ou pourra-t-il, au contraire, l'exercer sur tous les immeubles du mari ? La subrogation doit-elle être considérée comme générale ou spéciale ?

Les auteurs ne sont point d'accord sur ce point. Suivant le plus grand nombre d'entre eux, et notamment MM. Mérignhac, l'effet de la clause subrogative se trouve restreint aux immeubles affectés dans l'obligation. Ils font le raisonnement suivant : « Lorsque le créancier a prêté, il s'est contenté de la garantie hypothécaire qu'il a reçue. Sa pensée n'a pu se porter au delà. D'autre part, en demandant la subrogation, il ne peut être réputé avoir voulu acquérir un droit plus étendu. Son but unique a été évidemment d'empêcher que plus tard sa garantie ne fût, soit annulée, soit même simplement amoindrie par les reprises de la femme, s'il se trouvait seul avec elle, et, en même temps, s'il se trouvait en présence d'autres créanciers, de passer avant eux au moyen de la subrogation.

En limitant ainsi l'étendue du contrat, on se trouve en parfaite harmonie avec les principes qui régissent sa nature. En effet, le subrogé fait colloquer non le droit de la subrogeante, mais sa propre créance. Sa collocation doit donc rester dans les limites qui lui ont été assignées et porte sur le prix des seuls bien hypothéqués. D'un autre côté, par la subrogation, toutes les parties ont uniquement voulu que, loin d'être écartée par l'hypothèque légale, cette collocation pût au contraire prendre place sur ce même prix au rang de l'hypothèque lé-

gale ; on ne doit donc pas dès lors excéder le but qu'elles se sont proposé. Etendre au delà la portée de la subrogation, ce serait dépasser l'engagement qu'a pris le mari qui, en affectant seulement certains de ses immeubles, a entendu par là laisser les autres libres. Or, on ne peut supposer qu'en donnant son consentement à la subrogation il ait voulu effectuer indirectement ce qu'il n'a pas voulu faire directement dans la constitution d'hypothèque. Ce serait en outre dépasser l'engagement pris par la femme qui, en subrogeant, ne concède pas un droit nouveau, ne fait que rendre meilleure, en ce qui la concerne, la garantie donnée par le mari. Enfin, si au moyen de la subrogation on étendait l'hypothèque conventionnelle à tous les immeubles présents et à venir du débiteur, on lui enlèverait son caractère de spécialité sans lequel, on le sait, elle ne saurait en principe exister. » (*Op. cit.*, pp. 137-138.)

A l'appui de leur théorie MM. Mérignhac citent un arrêt d'Amiens du 11 novembre 1858 (D, 59, 2, 128). Cet arrêt, disent-ils, a statué sur le cas d'une subrogation tacite résultant d'une obligation solidaire consentie par le mari et la femme, mais les principes sur lesquels il repose reçoivent également ici leur application.

Quelle que soit la valeur de ces arguments, ils ne sauraient nous convaincre. Nous ne partageons point l'avis de MM. Mérignhac et nous estimons que la subrogation ainsi consentie, générale en ses termes, doit être générale quant à ses effets. MM. Mérignhac ont raisonné sur l'hypothèse d'une subrogation tacite, et de là vient leur erreur.

Pourquoi, dans une subrogation tacite, résultant d'une obligation conjointe et solidaire de la femme au profit d'un créancier hypothécaire, la portée de la convention doit-elle être limitée aux immeubles conventionnellement affectés ? Mais tout simplement parce que cette limitation résulte des circonstances, parce que, par hypothèse, les engagements de la femme et du mari, conjoints et solidaires, ont la même étendue. Le mari a donné en gage au créancier deux de ses immeubles sur lesquels il a constitué une hypothèque conventionnelle. La femme, par son concours à l'acte, a consenti une subrogation à son hypothèque légale, c'est-à-dire a voulu rendre complètement efficace l'hypothèque consentie par son

mari. Puisque le mari s'est engagé sur des immeubles déterminés, la femme s'est engagée dans la même mesure. L'étendue de la subrogation, dans le cas de subrogation tacite, dépend donc de l'étendue de l'hypothèque conventionnelle.

La situation est-elle la même au cas de subrogation expresse ? Loin de là. Que se passe-t-il ? Le mari s'engage hypothécairement envers le créancier. L'intervention de la femme est absolument inutile. Pourquoi, dès lors, le créancier exige-t-il de sa part une subrogation expresse dans son hypothèque légale ? Selon MM. Mérignhac, c'est afin soit de n'être pas primé par la femme, soit de primer d'autres créanciers. Peut-être. Mais nous croyons que c'est surtout parce que le créancier comptait sur cette seconde garantie en cas d'insuffisance de la première. Et dès lors, donner à la clause subrogative une portée générale nous paraît plus conforme à la volonté des parties. Une limitation quelconque aux effets de la subrogation étant préjudiciable au subrogé, on n'en doit admettre l'existence qu'au cas d'une manifestation presque évidente de la volonté de celui-ci. Or, la subrogation n'est pas limitée, elle est générale en ses termes. L'engagement de la femme ne se confond pas avec celui du mari. Nous avons dans le contrat deux obligations distinctes et indépendantes, celle de la femme et celle du mari.

Ce qui nous confirme dans notre opinion, c'est l'examen de la jurisprudence. Sans doute, il est difficile, en présence de décisions dictées surtout par les circonstances de la cause, de dégager les principes qui guident nos tribunaux. Néanmoins, il résulte nettement des arrêts que nos juges, en présence d'une clause subrogative, conçue dans les termes indiqués plus haut, sont disposés à l'interpréter dans un sens extensif plutôt que dans un sens restrictif. Un arrêt est particulièrement net. Le tribunal de Bernay, le 5 février 1902, a rendu, relativement à notre hypothèse, le jugement suivant : « Attendu que... les sieur et dame Véron se sont expressément et sans réserve reconnus débiteurs solidaires entre eux envers le sieur Denis de la somme de 4,000 francs pour argent prêté avec affectation au profit dudit Denis par le mari d'une hypothèque sur ses immeubles situés dans la commune de Marnefer, et subrogation à due concurrence de ladite somme

par la dame Véron dans son hypothèque légale, qui déclare expressément audit acte qu'elle transporte au créancier somme égale à celle qui lui serait due en principal et accessoires, à prendre et recevoir avec antériorité et préférence à elle-même dans l'effet de son hypothèque légale contre son mari et, par suite, met et subroge ledit créancier avec les mêmes antériorité et préférence dans l'effet de son hypothèque légale contre son mari... que les termes mêmes de cet acte, ainsi que les conditions dans lesquelles il a été passé démontrent bien la volonté de la dame Véron de ne pas consentir une simple cession d'antériorité, mais de subroger entièrement Denis dans son hypothèque légale contre son mari pour garantie de la créance, ladite subrogation étant essentiellement indépendante de l'hypothèque contractuellement obtenue en même temps par Denis, auquel les époux Véron assuraient ainsi une double garantie indépendante l'une de l'autre, et dont il pouvait user à son choix, vu la solidarité stipulée entre les deux débiteurs. »

Sur appel, la cour de Rouen confirme le 7 mars 1903 (D. 1904, 2, 150.)

Ainsi, selon la jurisprudence, la subrogation à l'hypothèque légale, sûreté consentie par la femme et l'hypothèque conventionnelle, sûreté consentie par le mari, sont absolument distinctes l'une de l'autre. La jurisprudence en tire une conséquence intéressante : c'est que le créancier peut user de l'une ou de l'autre à son choix, que la perte de l'une ne fait pas obstacle à ce qu'il se serve de l'autre. (Cassation, 8 août 1854, D. 55, 1, 337.) Il nous est donc permis de dire que la subrogation n'a pas seulement pour effets de compléter ceux de l'hypothèque conventionnelle. Par conséquent on ne doit pas admettre l'interprétation restrictive de la convention. La présence d'une hypothèque contractuelle spéciale ne peut réagir sur la subrogation. MM. Mérignhac se sont trop occupés de l'intérêt du débiteur. Sans doute, celui-ci a intérêt à donner le moins de garanties qu'il lui sera possible ; mais qui donc fait la loi du contrat ? Le débiteur ou le créancier ? C'est évidemment le créancier qui ne consentira à traiter que si on lui accorde les garanties qu'il exige et c'est une nouvelle raison à l'appui de notre solution.

Enfin, nous ne saisissons pas bien la portée du dernier argument : « Si au moyen de la subrogation on étend l'hypothèque conventionnelle à tous les immeubles présents et à venir du débiteur, on lui enlève son caractère de spécialité sans lequel elle ne saurait en principe exister. » Nous ne pouvons croire que MM. Mérignac aient voulu prétendre que la subrogation n'est qu'une extension de l'hypothèque conventionnelle, car cette conception est manifestement fausse. D'autre part, il est de règle constante que l'inscription d'une hypothèque générale, comme l'est celle de la femme mariée, n'est pas subordonnée à l'indication des immeubles qu'elle frappe et s'étend de plein droit à tous ceux qui sont situés dans le ressort du bureau des hypothèques où elle a été prise. (Paris, 9 décembre 1890, D, 91, 2, 368.) Nous le répétons, nous ne saisissons pas la pensée de ces auteurs.

Jusqu'à présent, nous avons fait abstraction de toutes les causes étrangères à la convention qui peuvent venir postérieurement restreindre la portée de la subrogation. Cette argumentation ne vaut que contre la femme. Les tiers n'ont à s'occuper que d'une chose, de la publicité donnée à la subrogation. La stipulation à leur égard n'affecte point les immeubles sur lesquels elle n'est point inscrite, c'est le principe posé par la chambre des requêtes, c'est le principe de la loi de 1855.

Le défaut d'inscription ou de mention marginale rend donc inefficace la subrogation sur les immeubles sur lesquels elle n'est pas inscrite. C'est ce que constate un arrêt d'Angers du 20 avril 1893 (*Gazette du Palais*, 93, 2, 2^e p. p. 16.) : « Pour produire tous ses effets à l'encontre des tiers, l'inscription prise en vertu de l'acte de cession doit être également requise et transcrite en termes généraux. » Il faut toutefois remarquer que, comme nous l'avons indiqué précédemment, la jurisprudence n'exige pas dans l'inscription d'une hypothèque générale l'indication de tous les immeubles qu'elle frappe, et qu'elle n'admet pas non plus la possibilité de conclure des termes de l'inscription « à une limitation tacite des effets de la subrogation : il faudrait pour atteindre ce résultat une inscription expressément cantonnée sur un immeuble indiqué à l'exclusion des autres immeubles. (Limoges, 19 février 1897, D, 99, 2, 122.)

En résumé, dans le cas d'une obligation contenant affecta-

tion hypothécaire de quelques-uns seulement des immeubles du débiteur et subrogation à l'hypothèque légale, consentie par la femme en termes généraux, la clause subrogative a une étendue générale, la même que l'hypothèque légale, et l'on doit se montrer très prudent pour apporter à la convention une limitation quelconque.

Si nous supposons maintenant une subrogation à l'hypothèque légale intervenant, dans les mêmes termes, au profit d'un créancier chirographaire du mari, la solution est plus facile et n'a donné lieu à aucune divergence d'opinions. Le créancier chirographaire a pour garantie le gage général et imparfait des articles 2092 et 2093 du Code civil. La femme, en le subrogeant, lui permet d'échapper à la loi du concours. Le droit de préférence qui lui a été transmis portera sur tous les biens immobiliers qu'il pourra atteindre en exerçant son action personnelle. Par suite, en l'absence d'une convention contraire, la subrogation sera générale et s'étendra à tous les biens du mari.

La même solution devra être donnée si, au lieu d'intervenir au profit d'un créancier du mari, la subrogation est consentie en faveur d'un créancier de la femme. Ce créancier pourrait, en vertu de l'article 1166 du Code civil, exercer l'action hypothécaire de sa débitrice. La subrogation consentie le soustrait seulement à la loi du concours.

Toute subrogation générale grève, avons-nous dit, tous les biens immobiliers du mari, présents et à venir, même ceux advenus après la dissolution du mariage.

Mais il existe, dans le régime de communauté, une masse de biens communs au mari et à la femme et indivis entre eux par moitié. Les immeubles qui en font partie portent le nom de conquêts. Ils peuvent être librement aliénés par le mari. La subrogation grève-t-elle les immeubles conquêts ? Cela revient à se demander si l'hypothèque légale frappe les conquêts. Ce point, qui n'est que l'une des faces de cette question complexe : dans quels cas la femme peut-elle subroger ? se rattache étroitement à notre sujet car la plupart des arrêts rendus sur ce point, sont intervenus pour régler précisément le droit des subrogés sur les conquêts.

Nous ne nous attarderons pas sur ce point, qui a mainte-

nant reçu une solution définitive. Les anciennes théories de Troplong, Valette, Persil, Delvincourt, ne sont soutenues aujourd'hui par aucun auteur. Personne ne doute plus de l'existence de l'hypothèque légale sur les conquêts. Mais cette hypothèque fait naître quelques difficultés, et pour les résoudre il faut distinguer d'après le parti que prend la femme à la dissolution de la communauté, suivant qu'elle l'accepte ou suivant qu'elle y renonce.

La femme renonce-t-elle à la communauté ? Celle-ci appartient toute entière au mari. La femme a donc une hypothèque légale sur tous les immeubles conservés par le mari. Mais à-t-elle également une hypothèque légale sur les immeubles aliénés ? La jurisprudence décide avec la grande majorité des auteurs que la femme renonçante peut exercer son droit de suite contre les tiers acquéreurs des conquêts aliénés par le mari. Nous faisons abstraction naturellement des cas où l'acquéreur aurait procédé à la purge, des cas où la femme aurait consenti soit une renonciation expresse, soit une renonciation tacite en stipulant comme covenderesse. De sorte qu'en principe, quand la femme renonce, elle a hypothèque sur tous les conquêts aliénés ou conservés. La subrogation frappera donc également tous ces conquêts.

La femme accepte-t-elle la communauté ? Les conquêts vont être partagés, généralement par moitié entre le mari et la femme. Sur les immeubles mis dans son lot la femme ne pourra avoir d'hypothèque légale. En vertu de l'article 783 du Code civil elle est réputée en avoir toujours été seule propriétaire et nul ne peut avoir hypothèque sur sa propre chose. Mais elle a hypothèque légale sur les immeubles mis au lot du mari. Quant aux conquêts aliénés, il y a plus de difficultés. D'après l'opinion générale et la jurisprudence, l'hypothèque légale de la femme ne les grève point. En effet, elle a accepté la communauté et par suite se trouve tenue comme commune en biens de l'obligation de garantie qui l'empêche d'évincer l'acheteur. D'autre part, cette obligation de garantie est considérée comme indivisible par la jurisprudence, et, par suite, elle fait obstacle pour le tout à l'action hypothécaire de la femme, bien que celle-ci ne puisse être considérée comme garante que pour moitié, en sa qualité de commune.

La subrogation ne s'étendra donc qu'aux conquêts attribués au mari par le partage.

Nous trouvons l'application de ces principes dans un jugement au Tribunal de la Seine du 31 mars 1853, S. 53, 2, 337. « Si avant tout partage de la communauté acceptée par la femme, les conquêts sont vendus par celle-ci conjointement avec les héritiers de son mari, les subrogés ne seront admis à exercer leurs droits que sur la moitié du prix revenant aux dits héritiers, l'autre moitié appartenant à la subrogeante comme propriétaire de la moitié des biens, ayant fait l'objet de la vente, sur laquelle elle ne pouvait point avoir d'hypothèque.

Il nous reste maintenant à examiner deux questions : La subrogation, lors de sa concession, est soit générale, soit limitée par la convention des parties ou les circonstances à des immeubles déterminés. Cette étendue du pacte subrogatoire peut-elle être modifiée ? Peut-elle être réduite ?

Cette réduction de l'étendue de la subrogation peut provenir de deux causes : ou bien de la volonté des parties et alors la question n'offre aucune difficulté — les parties ont le droit de modifier volontairement les conventions qui les lient, — ou bien cette réduction n'est que la conséquence d'un fait étranger à la subrogation et la question est controversée.

MM. Mérygnac font à ce sujet une distinction, selon que le créancier subrogé est un créancier hypothécaire ou un créancier chirographaire. Cette distinction est une conséquence logique de leur théorie. Pour eux, en effet, la subrogation ne constitue pas un droit nouveau. Elle ne fait que rendre meilleure la garantie accordée par le mari. Si, dès lors, dans le cas d'hypothèque conventionnelle l'étendue de la subrogation dépend de l'étendue de cette hypothèque, il est logique d'en conclure que toute réduction de l'hypothèque conventionnelle entraîne, *ipso facto*, la restriction de la subrogation. Quant à la subrogation intervenant au profit d'un créancier chirographaire, comme cette subrogation est forcément générale, comme d'autre part le mari ne peut apporter aucune diminution aux droits que les articles 2092 et 2093 du Code civil donnent à ce créancier, il s'ensuit que la restriction de la subrogation ne peut être que conventionnelle.

Pour nous, qui avons admis, conformément à la jurisprudence, que la subrogation constitue, pour le créancier qui l'a obtenue, un droit distinct, une garantie nouvelle s'ajoutant à la première, nous devons refuser à l'hypothèque conventionnelle toute influence sur la subrogation. L'hypothèque conventionnelle peut être réduite, elle peut même disparaître, la subrogation n'en subsistera pas moins telle qu'elle a été concédée. Toujours, et dans tous les cas, la réduction de la subrogation ne pourra être que conventionnelle.

Mais, tout au moins, le mari peut-il, usant d'un droit que la loi lui reconnaît, invoquer l'article 2144 du Code civil, demander la restriction de l'hypothèque légale, et obtenir ainsi indirectement une réduction de la subrogation ? Cette restriction, s'il l'obtient, sera-t-elle opposable au subrogé ? Et, d'autre part, le refus du subrogé de consentir à la restriction sera-t-il péremptoire ?

Sur cette question trois systèmes se sont produits :

1) Un premier système fait une distinction selon que la subrogation est générale ou spéciale.

Si la subrogation est générale, cette réduction sera valable à l'encontre du subrogé, alors même que le mari serait l'obligé du subrogé et que la femme aurait consenti la subrogation avec l'autorisation du mari.

Si la subrogation est spéciale la réduction est impossible, car ce serait une violation du pacte subrogatoire.

2) Un deuxième système décide que le mari jouit d'une façon absolue de la faculté de faire restreindre l'hypothèque légale pourvu que les formalités exigées par les articles 2144 et 2145 du Code civil soient respectées. Il s'agit là, en effet, d'une faculté d'ordre public à laquelle la femme ne peut renoncer.

Ce système invoque les arguments suivants :

a) Le subrogé ne peut avoir plus de droits que n'en avait la subrogeante. *Nemo dat quod non habet*. Or, la femme avait une hypothèque susceptible d'être restreinte ; et l'on ne peut prétendre que la femme a abdiqué, au profit du subrogé, le droit de consentir à la réduction : elle ne saurait être libre de se priver ainsi à l'avance du droit d'adhérer à l'avenir à une mesure juste et légitime.

b) Sans intérêt pas d'action. — De quoi le tiers subrogé se plaindrait-il puisque la restriction ne sera jamais opérée qu'autant que l'hypothèque excéderait entre ses mains le montant des créances garanties et dans la mesure de cet excédent.

c) Sans doute c'est une hypothèque générale que le subrogé avait en vue ; mais cette hypothèque il la savait susceptible de restriction. Il est donc naturel qu'elle reste soumise à l'application des règles qui la dominaient avant qu'elle ne changeât de mains.

3) D'après le troisième système, la réduction ne peut être opérée dans aucun cas du moment qu'elle porte atteinte à la subrogation. C'est le système que nous adoptons.

Les arguments invoqués par le système précédent sont séduisants, mais non décisifs. Nous allons, dans l'examen de cette question, distinguer plusieurs cas. Mais notons auparavant que les articles 2144 et 2145 du Code civil supposent à la fois une demande du mari et le consentement de la femme.

Supposons d'abord une subrogation générale. Elle peut être faite soit au profit d'un créancier de la femme, soit au profit d'un créancier du mari.

1° *Subrogation générale faite au profit d'un créancier de la femme.*

Celle-ci a agi soit avec l'autorisation de justice, soit avec l'autorisation de son mari.

a) La femme a été autorisée par justice.

Le mari est demeuré étranger au contrat. Par conséquent on ne saurait prétendre qu'il s'est interdit la faculté de demander la réduction. La seule question qui se pose est donc celle de savoir si la femme peut donner valablement son consentement à la réduction. Le système opposé prétend que la femme ne peut avoir abdiqué la faculté de donner ce consentement parce que « ce serait contraire à l'intérêt de la famille et à l'intérêt public »... « Il paraît essentiel dans notre droit que l'hypothèque générale de la femme puisse être réduite. » (LE POITTEVIN, *Thèse*, p. 93.) Ces affirmations nous paraissent très hasardeuses. Que l'hypothèque légale de la femme puisse être considérée comme une institution d'ordre public, soit, mais la réduction de cette hypothèque, nullement. Et nous sommes convaincus d'être mieux dans l'esprit de notre législation, en

disant que la loi n'encourage ni ne facilite la réduction de l'hypothèque légale. N'est-ce pas pour ce motif qu'elle l'entoure de tant de formalités et de précautions ? La loi ne dit pas que la réduction demandée par le mari avec le consentement de sa femme devra toujours être accordée. Loin de là. Elle laisse au tribunal une certaine liberté d'appréciation, elle exige l'intervention du procureur de la République. Il est donc exagéré de prendre les considérations précitées comme point de départ d'une argumentation. Il y a deux articles qui interviennent dans le débat : ce sont les articles 1134 et 1135 du Code civil. Or, ce serait les violer qu'accorder à la femme le droit de donner ce consentement.

b) La femme a agi avec l'autorisation de son mari.

Nous retombons dans le cas précédent. L'autorisation du mari n'a pas pour résultat de l'obliger, lui, personnellement : *Qui auctor est, se non obligat*. Mais la femme ne pourra pas davantage consentir à la réduction. Elle est liée par la convention, irrévocable en soi, et elle ne peut porter atteinte à un contrat auquel elle a librement adhéré.

2° *Subrogation générale faite au profit d'un créancier du mari.*

Dans ce cas, on objecterait au mari demandant la réduction qu'il ne s'est pas réservé la faculté d'amoindrir une sûreté qui a été la condition du contrat qui le lie et que l'hypothèque légale de la femme revêt dans cette hypothèse un caractère conventionnel. C'est dans l'intérêt du mari qu'il y a eu subrogation, et on lui permettrait de reprendre ce qu'il a donné ! Une autre considération nous fortifie dans notre opinion : c'est que, dans cette hypothèse, la dette maritale à garantir par l'hypothèque s'est doublée puisque, en vertu des articles 1431 et 2135 du Code civil combinés, la subrogeante, qui n'est qu'une caution, acquiert un droit de recours garanti par une nouvelle hypothèque légale.

Supposons maintenant une subrogation spéciale. Nous serons très brefs, car sur ce point les rares auteurs qui ont traité la question sont unanimes. Le mari peut demander la réduction, et le subrogé ne peut opposer aucun refus, à la condition toutefois que la réduction ne porte que sur les immeubles non atteints par la subrogation. Si la réduction portait sur ces im-

meubles ce serait une violation formelle du pacte subrogatoire.

La jurisprudence, très rare, pour ne pas dire nulle, ne tranche pas nettement la question. Citons un arrêt de Bordeaux du 10 août 1853 (D, 54, 2, 26) : « La réduction d'hypothèque légale obtenue par jugement contradictoirement avec le subrogé lui est opposable. » De cet arrêt on peut tirer les deux conséquences suivantes :

1° La réduction est valable entre le mari et la femme ;

2° La réduction pour être opposable au subrogé doit être obtenue contradictoirement avec lui ; par suite, son consentement est indispensable et la réduction sera conventionnelle entre le mari et le subrogé. C'est la thèse que nous avons soutenue.

CHAPITRE IV

INFLUENCE DE LA SUBROGATION SUR LES REPRISES DE LA SUBROGEANTE

Nous avons déjà indiqué toute l'importance de la question qui n'est en définitive autre que celle de l'efficacité de la subrogation. Et, avons-nous fait remarquer, la solution à donner à cette question offre tant d'intérêt, a eu tant d'influence qu'elle a amené certains auteurs (Bertauld, Mourlon) à une conception spéciale de la subrogation.

La question qui se pose est celle de savoir en effet si la subrogation confère au subrogé une garantie fixe et certaine, à l'abri de toute éventualité, ou si, au contraire, les subrogés doivent subir toutes les vicissitudes par lesquelles passe l'hypothèque légale. La solution à donner à cette question n'est qu'une conséquence du principe que nous avons admis relativement à la nature de la subrogation. Avant d'entrer dans l'examen de cette matière controversée et difficile, faisons donc un bref rappel des principes admis.

La subrogation à l'hypothèque légale de la femme n'est autre chose que le transfert pur et simple de cette hypothèque. La femme reste créancière, conserve la propriété de ses créances en reprises. Le subrogé n'acquiert que le droit d'exercer l'hypothèque légale de la femme. Il ne faut pas oublier que l'étendue de l'hypothèque légale dépend de la valeur des créances que la femme aura à faire valoir. L'hypothèque légale qui garantit les créances de la femme reste attachée à ces créances. Elle est subordonnée à leur existence et à leur importance. D'autre part, la convention de subrogation qui intervient entre la femme et le créancier, n'est faite que dans la mesure de l'intérêt de ce dernier. Si la femme ne peut transmettre au subrogé d'autres et plus amples droits que ceux qu'elle possède, le subrogé, à son tour, ne peut jamais obtenir

par la subrogation une collocation supérieure à celle que la femme aurait elle-même obtenue en exerçant son hypothèque légale.

Ces deux derniers points sont unanimement admis, mais il existe sur leur application pratique des divergences notables entre les auteurs, et ces divergences tiennent à deux causes : la première, c'est que tous les auteurs, nous l'avons vu précédemment, ne s'accordent pas sur la nature de la subrogation ; la seconde, c'est qu'ils ne s'entendent pas non plus sur la mesure dans laquelle les actes accomplis par la femme, postérieurement à la subrogation, en ce qui concerne ses créances en reprises, sont opposables au subrogé.

En cédant son hypothèque légale, la femme, en règle générale, transfère au cessionnaire son droit de préférence et son droit de suite.

Le subrogé exerce le droit de préférence vis-à-vis de la femme et des tiers dont il est parlé dans l'article 9 de la loi du 23 mars 1855. L'ordre des collocations dépend de la date des inscriptions ou mentions marginales. La subrogation est efficace tant que les créances et reprises de la femme ne sont pas épuisées. Il exerce le droit de suite contre les tiers acquéreurs d'immeubles du mari ou de la communauté dans les mêmes conditions que la femme.

D'autre part, investi du droit hypothécaire de la femme, le cessionnaire pourra se faire colloquer au lieu et place de la femme, non seulement s'il est créancier hypothécaire, sur le prix des immeubles qui lui ont été conventionnellement affectés, mais encore sur le prix de tous les immeubles du mari présents et futurs. De plus, il exerce l'action hypothécaire de la femme jusqu'à concurrence de l'équivalent des droits de la subrogeante. Il n'y a pas à considérer la date des créances de celle-ci. Il n'y a pas à se demander si elles sont déjà nées au moment de la subrogation. La convention a une portée générale. Elle transfère le droit de la femme dans toute son étendue. Comme le dit fort bien un arrêt de Lyon du 28 août 1857 (P, 58, 181) : « La femme qui cède son droit d'hypothèque légale, le cède avec ses effets présents et ses effets futurs, et il n'y a pas à distinguer entre les effets attachés à l'hypothèque légale au moment où la femme en a fait la cession et ceux qui

ne s'y seraient rattachés que plus tard. » Au moment où les subrogés exerceront leurs droits, où l'effet de la subrogation se réalisera, les reprises de la femme seront liquidées en bloc, quelle que soit leur source, et les subrogés seront colloqués jusqu'à ce que les collocations aient atteint le montant des reprises.

L'efficacité de la subrogation dépend donc de l'importance des reprises de la femme. Or, entre le moment où la subrogation est consentie et le moment où elle se réalise, il peut s'écouler un temps plus ou moins long. Quels droits conserve la femme relativement à ses reprises ? Peut-elle en disposer, peut-elle les éteindre, et, par suite, enlever à la convention toute son utilité ? ou au contraire les reprises existant au moment de la stipulation sont-elles à l'abri de toutes chances d'extinction provenant des actes de la femme ? Telle est la question qui se pose.

Avant d'entrer dans son examen, il nous semble nécessaire de trancher auparavant les deux points suivants : quand le subrogé peut-il exercer ses droits ? Comment le peut-il ?

Une règle générale, règle déjà indiquée et résultant du caractère que nous avons reconnu à la subrogation domine cette double question : le subrogé possède les mêmes droits hypothécaires que la femme ; il les exercera comme elle le pourrait elle-même.

De ce principe découlent les conséquences suivantes :

1° Le subrogé ne peut exercer le droit hypothécaire de la femme qu'à l'époque où cette dernière aurait pu agir pour le recouvrement de sa dot et de ses reprises. C'est donc au moment où la créance en reprises sera exigible, au moment où on procédera à leur liquidation, c'est-à-dire soit au moment de la dissolution du mariage, de la séparation soit de corps, soit de biens. Notons, en passant, que le subrogé ne pourrait, afin d'exercer plus tôt ses droits, demander la séparation de biens au nom de la femme. (Article 1446, § 1, C. civ.) Ainsi donc, jusqu'à l'époque ci-dessus indiquée, le créancier, soit de la femme, soit d'un tiers, qui est subrogé dans l'hypothèque légale ne peut saisir ni les meubles ni les immeubles du mari puisque la femme elle-même ne le pourrait pas.

Il en est différemment d'un créancier du mari auquel la

femme a cédé ses droits hypothécaires. Ce créancier, s'il ne peut, du chef de la femme, poursuivre l'expropriation des biens de son débiteur, peut la poursuivre de son propre chef ; puis, une fois l'expropriation obtenue, il doit obtenir collocation non seulement comme créancier du mari, mais encore comme créancier subrogé aux droits de la femme mariée (*Argt.*, 1446, § 2, C. civ.). Il en serait de même pour le créancier subrogé de la femme ou d'un tiers, si les immeubles, qu'il n'a pas personnellement le droit de faire saisir, étaient expropriés à la requête d'autres créanciers du mari. Il pourrait alors intervenir et obtenir collocation. Les biens grevés de l'hypothèque légale étant réalisés, les droits des créanciers de la femme doivent s'exercer comme s'il y avait eu dissolution du mariage ou séparation de biens. Voici donc un premier cas où le subrogé peut avancer l'époque où il lui est permis d'exercer les droits résultant pour lui de la subrogation.

Il en sera de même, par application de l'article 1446, § 2 du Code civil qui, dans le cas de faillite ou de déconfiture du mari, permet aux créanciers de la femme d'exercer les droits de leur débitrice jusqu'à concurrence du montant de leurs créances. On admet généralement que, lorsque ces événements viennent à se produire, le subrogé est fondé à exercer l'hypothèque légale de la femme, à poursuivre le mari alors même qu'il ne l'aurait pas pour obligé personnel.

Une question importante se présente souvent en pratique : aux termes de l'article 1431 du Code civil, la femme obligée solidairement avec son mari est réputée caution de ce dernier et doit être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée. Une hypothèque légale prenant rang à la date de l'obligation garantit cette indemnité. Supposons que la femme s'est obligée comme caution avec son mari envers un créancier quelconque et qu'elle a consenti en sa faveur une subrogation générale. Ce créancier subrogé ne pourra-t-il pas agir immédiatement contre le mari du chef de la femme dès que se produit l'un des événements prévus par l'article 2032 du Code civil ? Précisons : Si la femme avait payé ce créancier, elle aurait une hypothèque légale à la date de l'obligation. (Art. 2135, 2^e 3 al.) Mais alors le subrogé n'aurait plus aucun intérêt. Au contraire la femme n'a pas encore payé. Le mari n'a pas payé de son

côté. La femme peut-elle dès maintenant (art. 2032 C. civ.) agir contre son mari et obtenir une collocation « actuelle » ; ou bien ne peut-elle demander qu'une collocation provisoire et n'a-t-elle droit à une collocation définitive qu'après avoir payé la dette *de suo* ?

Cette seconde opinion a été soutenue. L'hypothèque légale, a-t-on dit, n'a d'autre but que de permettre à la femme de recouvrer, en cas de paiement effectué par elle, les sommes déboursées pour acquitter les dettes du mari ou de la communauté. En effet, les articles 1431, 2135 du Code civil donnent à la femme l'un, une action personnelle pour être indemnisée. l'autre, une hypothèque pour garantie de cette indemnité. Or, toute indemnité suppose une diminution de patrimoine ; si donc la femme n'a rien déboursé, la condition sous laquelle l'hypothèque légale doit produire son effet n'est pas réalisée, et il n'y a lieu qu'à une collocation provisoire, touchée par les créanciers postérieurs en rang, sous caution de la restituer si, plus tard, il y a paiement effectif. Quant à l'article 2032 du Code civil, il est relatif aux cautions ordinaires et il est étranger à la femme. (Requêtes-rejet, 16 juillet 1832, S., 32, 1, 833.)

Cette opinion est généralement repoussée. La femme qui s'est obligée solidairement avec son mari est, en effet, vis-à-vis de lui considérée comme caution ; c'est à ce titre que l'article 1431 du Code civil lui donne un recours. Elle a donc comme toute caution le droit d'exercer ce recours avant d'avoir payé, dans les hypothèses prévues par l'article 2032 du Code civil. Ce texte ne fait aucune distinction et l'on ne peut sérieusement argumenter des expressions : indemnité, indemnisée, pour lui refuser ce droit, car la loi emploie précisément cette expression pour qualifier le recours que la caution ordinaire exercera avant d'avoir payé. Ecartera-t-on la femme sous prétexte qu'elle a une hypothèque légale ? Alors on doit écarter également la caution qui aurait stipulé une hypothèque, et personne ne l'admet. D'ailleurs, ce serait une pétition de principe, puisque la question est de savoir si l'article 2032 du Code civil est applicable pour mettre en mouvement cette hypothèque. La femme peut donc obtenir une collocation définitive. Si elle le peut, le subrogé, son créancier (qui est aussi celui du mari) le peut également (*Arg^{t.}*, art., 1166, C. civ.). Il exercera donc

l'action hypothécaire de la femme de l'article 2135 du Code civil. Les autres créanciers de la femme auraient bien aussi, en principe, le droit d'exercer ce recours (art. 1166, 2093 C. civ.), mais il ne pourraient l'exercer que comme la femme le peut elle-même, c'est-à-dire en désintéressant le créancier envers lequel elle est solidairement obligée : ils doivent donc laisser celui-ci se payer sur la collocation.

2° Le subrogé, pour exercer la subrogation, est tenu de prouver l'existence des reprises auxquelles la femme a droit puisqu'elles servent de support à l'hypothèque légale, et même leur quotité, leur date et leur origine, afin d'en pouvoir déterminer le rang.

Les subrogés, pour constater les droits de la femme, s'ils ne sont pas établis ou déterminés, auront un pouvoir égal au sien et jouiront des mêmes prérogatives. Ils pourront invoquer tous les titres dont la subrogeante aurait le droit de se prévaloir ; ils profiteront des présomptions légales que peut invoquer la femme, notamment de celle prévue par l'article 1569 du Code civil. Ils pourront intervenir dans toute liquidation de droit qui se fera entre le mari et la femme pour y surveiller les intérêts de cette dernière. C'est ainsi que la cour de Metz, le 20 janvier 1859 (P. 59, 248), a décidé que le subrogé a le droit d'intervenir dans une instance pour y établir la créance de la femme contre son mari ; que la Cour de cassation a jugé le 1^{er} août 1848 (S. 48, 1, 727) que le subrogé peut s'opposer à ce qu'il soit procédé à la liquidation de la communauté hors de sa présence.

De même, les subrogés, créanciers du mari, peuvent intervenir dans toute séparation de biens pour la conservation de leurs droits (art. 1447 C. civ. et 871, Pr., civ.). Les créanciers de la femme jouiront également de la même faculté. Si la loi n'a parlé que des créanciers du mari, c'est qu'en général, ce dernier est intéressé à les frauder et à se dépouiller à leur préjudice en exagérant les reprises de la femme. Mais le contraire peut se produire. Il peut vouloir léser les droits de cette dernière, car la séparation de biens peut constituer une mesure de défiance contre lui. Il y a donc mêmes motifs d'admettre l'intervention des créanciers de la femme.

L'intérêt des subrogés, dans ces divers cas, est incontes-

table, puisque « pouvant seulement utiliser la subrogation si la femme a des reprises à exercer et dans la mesure de ces reprises, ils sont tenus, le cas échéant, d'établir l'existence de ces reprises. » (Cassation, 24 mai 1869, D, 69, 1, 276.)

Il y a cependant un cas où, en fait, le subrogé se trouve dispensé de toute preuve, parce qu'alors elle résulte de son titre de créance même. Ce cas a déjà été cité : c'est lorsque la femme subrogeante s'est en même temps obligée envers lui conjointement ou solidairement avec son mari dans l'intérêt de ce dernier ou de la communauté. On sait, en effet, que de cette obligation naît au profit de la femme une hypothèque légale. Nous avons établi que le subrogé pouvait, dans les hypothèses prévues par l'article 2032 du Code civil, obtenir une collocation « actuelle ».

Mais supposons qu'au lieu d'avoir été contractée envers le subrogé, l'obligation solidaire de la femme ait été consentie, antérieurement à la subrogation, au profit d'autres créanciers qu'elle n'a pas subrogés dans les effets de son hypothèque légale. Le mari tombe en faillite ou en déconfiture : La femme, caution, peut-elle, grâce à son hypothèque légale, primer ce créancier envers lequel elle s'est personnellement obligée ? Et si l'on suppose que la femme postérieurement à son obligation solidaire ait subrogé un autre créancier dans les effets de son hypothèque légale, le subrogé pourra-t-il primer le créancier ? C'est ce qu'avait décidé un arrêt d'Agen du 20 mars 1889 (D, 90, 2, 143.) Cette décision attirait de nombreuses critiques. Il est inadmissible qu'une caution puisse aller contre les droits de la personne envers qui elle s'est obligée, et l'écarter en se faisant colloquer elle-même. La garantie stipulée tournerait contre celui qui l'a obtenue et le droit de collocation de la femme résulterait de la non-exécution de son engagement. On ne pourrait invoquer en sa faveur que l'argument suivant : en n'autorisant pas la femme à exercer par anticipation son hypothèque légale, on arrive à ne lui reconnaître qu'un droit illusoire, sans que le créancier envers qui elle s'est obligée en retire grand avantage. Celui-ci, en effet, n'obtiendra très probablement qu'un dividende, vu la situation du mari, et il se retournera contre la femme pour lui demander le surplus. Cette dernière, à son tour, aura un recours contre son mari,

mais n'ayant pu utiliser à temps son hypothèque légale, elle verra ce recours à peu près sans résultat, malgré les articles 2032 et 2135 du Code civil, dont on violera ainsi les dispositions.

Toutes ces raisons, si utilitaires soient-elles, ne sauraient à notre avis prévaloir contre cette idée fondamentale que la caution n'a pas le droit d'évincer celui qu'elle a promis de garantir. Aussi la décision précitée a-t-elle été justement rectifiée par un arrêt postérieur de la cour de Douai. Il est en effet évident que si la caution jouit d'un recours personnel contre le débiteur principal, même avant d'avoir payé, elle ne peut cependant pas exercer ce recours cumulativement avec l'action qui appartient au créancier garanti par elle. Par suite, lorsqu'une femme mariée s'est obligée en même temps que son mari, elle ne peut opposer aux créanciers dont elle est personnellement débitrice l'hypothèque légale qui garantit son action en reprise à la date de l'engagement. Par suite encore, le tiers qu'elle aurait plus tard subrogé dans le bénéfice de son hypothèque légale ne peut pas se faire colloquer de son chef par préférence à ce créancier, à moins qu'il n'existe au profit de la femme d'autres causes de reprises distinctes du recours qui lui appartient à titre de caution et prenant rang à une date antérieure. Car les subrogés ne peuvent avoir plus de droits que la subrogeante.

3° Le subrogé ne peut jamais obtenir, par l'effet de la subrogation, une collocation supérieure à celle que la femme aurait elle-même obtenue.

Cette dernière conséquence est celle qui offre le plus de difficultés. Il existe, en effet, sur les applications pratiques de cette idée, des divergences considérables entre les auteurs, divergences tenant à deux causes : d'abord, qu'ils ne se sont pas tous accordés sur la nature de la subrogation, — ensuite, parmi les auteurs qui ont le même point de départ, que leurs théories respectives diffèrent sur le point de connaître la mesure dans laquelle les actes accomplis par la femme, postérieurement à la subrogation, en ce qui concerne ses créances et reprises, sont opposables au subrogé.

L'efficacité de la subrogation, avons-nous vu, dépend de l'importance des immeubles du mari, de l'importance des re-

prises de la subrogeante. Laissons de côté le premier chef. Nous avons déjà examiné la question de savoir si le mari pouvait postérieurement à la subrogation demander la réduction de l'hypothèque légale. Insistons sur le second. Au moment où la femme a consenti la subrogation, elle pouvait avoir des créances en reprises importantes à faire valoir contre son mari. Plus tard peuvent survenir des événements qui diminuent ou anéantissent même complètement la valeur de ces reprises. Par suite, le subrogé se trouve en possession d'un titre nu. Alors se pose la question de savoir si la femme conserve la libre disposition de ses créances, si le droit du subrogé peut être modifié et dans quelle mesure par des faits juridiques émanant de la femme. C'est une question capitale : c'est celle de l'efficacité de la garantie procurée par la subrogation. Nous avons indiqué cette importance en discutant si la convention de subrogation portait sur la créance ou sur l'hypothèque. Nous avons fait observer que de la solution à donner à cette question étaient nées des conceptions spéciales, des théories particulières.

Nous nous trouvons en présence de trois systèmes principaux. Nous ne nous occuperons pas des solutions de détail données par certains auteurs sur quelques points particuliers. Ces légères divergences sont de peu d'importance. Si l'on s'accorde sur le principe, il est facile de s'accorder sur les applications.

A) Un premier système enseigne que le droit du subrogé est, dès le jour même de la subrogation, fixe et certain et ne peut être modifié par les résultats de la liquidation qui aura lieu, soit à la dissolution du mariage, soit à la séparation de biens ; que, par suite et en principe, la volonté de la femme est sans influence aucune, soit directe, soit même indirecte, sur l'existence de l'hypothèque légale cédée au créancier.

Comme conséquence de ce système, aucun des événements ultérieurs à la subrogation (compensations, remises de dette, confusions, etc...) provenant d'actes de la femme ou de ses ayants cause ne seront opposables au subrogé, ne porteront en aucune façon atteinte à ses droits.

Cette théorie se comprend parfaitement et est même la seule logique si l'on se reporte au point de départ de ces au-

teurs. Pour eux, en effet, la subrogation n'est autre chose que la cession des créances de la femme. Par suite, il faut appliquer toutes les règles de la cession de créances. La femme ayant aliéné sa créance n'en a plus la propriété. Aucun acte de sa part ne peut éteindre un droit qu'elle ne possède plus. Nous avons indiqué les conséquences qui résultent de cette conception. Cette théorie n'est pas absurde, n'est pas inadmissible en soi ; elle est même très protectrice des droits du subrogé ; mais nous avons démontré qu'elle était contraire à notre législation, qu'on ne pouvait l'accepter en présence de la loi du 23 mars 1855. Nous n'insisterons donc pas sur ce système, d'ailleurs complètement abandonné à l'heure actuelle, et qui, au surplus, au moment même où la question était encore indécise, n'a pas été suivi par la jurisprudence dans toutes ses conséquences.

Nous nous trouvons alors en présence des deux autres systèmes.

Ces deux systèmes ont le même point de départ. Ils admettent en effet que la subrogation ne porte que sur l'hypothèque légale. Ils sont d'accord pour décider que la convention ne donne au subrogé qu'un droit éventuel, subordonné à l'existence des droits de la femme au jour de la dissolution du régime matrimonial.

Ces principes admis, les auteurs se divisent dans leur application : de là deux systèmes entre lesquels il nous faut opter.

B) Pour certains auteurs (Mourlon, Demolombe, Aubry et Rau, Mérignhac), il faut distinguer suivant la nature des divers faits juridiques dont le résultat diminue ou anéantit les droits de la subrogeante et, par conséquent, nuit à la subrogation.

Ils les divisent en deux catégories :

1° Ceux qui proviennent « de l'initiative directe et spontanée de la femme, et ont, en tout cas, pour effet immédiat et unique la destruction totale ou partielle de la créance ». (MÉRIGNHAC, *op. cit.*, p. 155).

Ces faits ne sont pas opposables au subrogé qui peut les faire considérer comme non avenus, dans la mesure du préjudice qu'ils lui occasionnent : telles sont les cessions de créance,

remises de dette, dation en paiement, nantissements constitués sur les créances, compensations, paiement des reprises. L'extinction de la créance de la subrogeante résulterait de ces actes d'une manière immédiate et directe, et cette extinction enlèverait toute base à la subrogation.

2° Ceux qui « impliquent chez la subrogeante une appréciation absolument personnelle et indépendante », qui n'aboutissent à la diminution ou à l'anéantissement de la créance de la femme que par leurs conséquences éloignées, dont les effets demeurent soumis à une liquidation ultérieure ; de façon qu'en les accomplissant la femme n'a nullement pour objectif cette destruction qu'ils n'entraînent que d'une manière indirecte.

Ces actes, tels sont l'acceptation de la communauté ou de la succession du mari, offrent, « comme tous les faits complexes, des avantages et des inconvénients dont la femme doit être seul juge. On ne peut les prohiber, parce que, loin de s'analyser comme pour les premiers, en un résultat immédiat et définitif, leurs effets demeurent soumis à une liquidation ultérieure. Ainsi la subrogeante pourra à leur égard exprimer librement sa volonté, pourvu qu'elle agisse sans aucune pensée de fraude, dût-il en résulter une diminution notable ou même l'extinction complète des reprises. » MÉRIGNHAC, *op. cit.*, p. 158.)

A l'appui de leur théorie, ces auteurs invoquent les considérations suivantes : La convention de subrogation, s'il n'en était pas ainsi, aurait une portée absolument illusoire. L'intention des parties, sans qu'il soit pour cela nécessaire de supposer une cession ou un nantissement, a été de rendre la subrogation efficace. La femme, en subrogeant, s'interdit nécessairement les actes qui ont pour résultat immédiat et direct de préjudicier au subrogé. Si, d'ailleurs, la femme pouvait disposer de la créance, la loi après avoir consacré et réglementé la subrogation, autoriserait l'une des parties à la détruire par sa seule volonté.

Et pour expliquer le motif pour lequel ils accordent cependant à la femme le pouvoir d'accomplir les actes de la deuxième catégorie : « Sans doute, disent-ils, la subrogation pourra n'offrir dans certains cas qu'un droit aléatoire, mais il ne faut pas oublier que toute stipulation se comporte avec les avan-

tages et les inconvénients qui lui sont propres, et que l'on ne peut accepter les uns en repoussant les autres. Le subrogé devra donc respecter un acte qui est la conséquence d'un droit dont l'exercice est exclusivement attaché à la personne même de la femme, puisqu'il implique, suivant qu'elle l'accomplira ou non, la ratification ou le désaveu de l'administration du mari, l'acceptation ou la répudiation des suites de toute l'association conjugale. L'intérêt de la femme prédomine ici, au point d'effacer, d'une manière presque absolue, celui du subrogé, qui, du reste, a dû, au moment du contrat, prévoir et accepter cette éventualité. » MÉRIGNHAC, *op. cit.*, pp. 159, 160.)

D'ailleurs, remarquons-le, ces actes de la deuxième catégorie ne sont valables que si la femme agit sans aucune pensée de fraude. Le subrogé, si la subrogeante avait agi par fraude, pourrait faire annuler l'acte en vertu de l'article 1167 du Code civil. Certains auteurs, plus soucieux encore des intérêts du subrogé, lui reconnaissent aussi le pouvoir de faire annuler l'acceptation de la communauté, même en l'absence de toute fraude de la part de la femme. S'il en était autrement, dit-on, la subrogation ne conférerait aucune garantie sérieuse. « Il faut donc que le subrogé puisse critiquer tout acte qui anéantit le droit de la femme, quelle qu'en soit la nature. » (CARETTE, *Recueil Devill. et Car.*, 1849, 1, 465.)

Un certain nombre d'arrêts se sont rangés à cette théorie : Toulouse, 22 juin 1859, joint à Cassation, 17 janvier 1860. (D, 60, 1, 400). Cassation 24 mai 1869. (D, 69, 1, 276.) Lyon, 3 juillet 1867, joint à Cassation précité. Ces arrêts sont relatifs aux actes de la première catégorie.

Quant aux actes de la seconde catégorie, un arrêt partant de ce point de vue que le créancier a le droit de faire annuler l'acceptation de la communauté faite par la femme avec l'intention évidente de lui nuire, a décidé que la renonciation, si elle tardait à se produire, peut être tenue pour accomplie au profit du subrogé. Mais il faut, bien entendu, pour qu'il en soit ainsi, que le mauvais état des affaires du mari soit tel que la femme ait un intérêt évident à répudier la communauté pour échapper aux charges qui la grèvent.

De même, des arrêts décident que, lorsque le mari est en état de faillite ou de déconfiture, les créanciers subrogés peu-

vent même avant la dissolution de la communauté et la liquidation des reprises de la subrogeante, et encore que celle-ci n'ait pas renoncé, se faire colloquer dans l'ordre sur le prix des immeubles dépendant de la communauté. (Cassation, 4 février 1856 D, 56, 1, 61 ; Paris, 30 juin 1853, D, 55, 2, 273 ; Bordeaux, 31 décembre 1889, P, 91, 1, 1224.) Il importe peu d'ailleurs que la femme n'ait pas demandé sa séparation de biens. (Paris, 30 juin 1853, précité.)

Cette jurisprudence qui reconnaît de plein droit acquise la renonciation de la femme à une communauté onéreuse est vivement critiquée par M. Bertauld : « Le juge, dit-il, se fait ainsi législateur et décide souverainement qu'une société dont le gérant est en état de faillite ou de déconfiture est nécessairement ruinée, et que, partant, elle ne peut être acceptée que dans une pensée de haine ou de mauvaise foi. » Elle, est au contraire soutenue par MM. Mérignhac qui estiment « que la bonne foi de la femme sera singulièrement difficile à admettre quand elle acceptera une communauté notoirement ruinée. D'ailleurs, si du domaine de la théorie, on descend dans celui de la pratique on verra presque toujours la mauvaise foi s'induire des circonstances du fait que les juges apprécieront souverainement. » (*Op. cit.*, p. 162.)

Cette théorie, qui scinde les actes en deux catégories d'après leurs résultats nous paraît difficilement acceptable. La distinction manque de netteté et de précision. MM. Mérignhac réservent le droit d'option de la femme dans les cas où l'intérêt de celle-ci prédomine au point d'effacer presque complètement celui du subrogé. Or, il n'est pas difficile de trouver parmi les actes que ces auteurs considèrent comme non-oppo-sables au subrogé certains qui rentrent dans cette formule. Prenons, par exemple, le cas de remploi. C'est bien un acte qui a pour effet immédiat et direct l'extinction des reprises de la femme, donc un acte interdit à la femme. Par suite, la fortune de la femme va rester exposée entre les mains du mari. Quel que soit l'intérêt de la femme, elle ne pourra consentir à un acte qui assurerait la conservation de son patrimoine. Résultat singulier et inadmissible auquel conduirait la subrogation ainsi entendue. Allons plus loin. Cette doctrine rigoureusement appliquée deviendrait un obstacle réel à la subroga-

tion. Supposons en effet que la femme créancière au jour de la subrogation cesse de l'être par la suite, soit par remploi, soit par compensation, par exemple. Entre le mari et la femme l'extinction de la créance s'opère. Cela est de toute évidence. Mais comme cette extinction n'est pas opposable au subrogé le mari devra payer somme égale à la créance éteinte, puis il se retournera contre la femme pour se faire indemniser de ce qu'il a payé indûment à son égard ; la perspective de ce recours, quelque éventuel qu'il soit, ne saurait engager la femme à consentir une subrogation à son hypothèque légale. Enfin, comme l'a écrit M. Bertauld (*op. cit.*, p. 214), si la propriété des créances et reprises engagées par la femme continue de résider en sa personne, il est bien difficile de protéger l'ayant cause non approprié contre les éventualités qui pourront libérer le débiteur vis-à-vis de la subrogeante demeurée créancière.

Cette théorie prend trop en considération l'intérêt qu'inspire le subrogé. Elle oublie celui que mérite le débiteur. C'est cette préoccupation qui mène ces auteurs à cette solution, c'est celle qui a égaré M. Mourlon malgré ses prémisses : « Sans cela, dit-il, les subrogations aux droits de la femme ne seraient le plus souvent qu'un traître appât pour ceux qui, dans leur imprudente crédulité, y chercheraient leur salut. » (*Transcription*, II, p. 554.)

Nous repoussons donc cette théorie. Nous verrons d'ailleurs, en examinant plus loin l'effet d'un certain nombre de clauses du contrat de mariage, que les auteurs qui l'adoptent se trouvent dans l'impossibilité de la suivre jusque dans ses dernières conséquences logiques.

C) L'hypothèque légale de la femme est une garantie à long terme. Elle ne garantit pas isolément telle ou telle créance de la femme, elle assure à celle-ci le paiement de la somme dont elle sera créancière de son mari le jour où ses reprises seront liquidées en bloc. Tel est le caractère de l'hypothèque légale, tel est donc le caractère de la sûreté transmise au cessionnaire de l'hypothèque. L'efficacité de la garantie dépend donc de l'importance des créances que la femme a à exercer. Mais il n'en est pas moins vrai que la femme en cédant son hypothèque a conservé sa créance. Par suite, lorsque par une circonstance

quelconque, sauf le cas de fraude, le droit de créance de la femme vient à disparaître, le droit hypothécaire périt par cela même entre les mains du subrogé. Il n'y a pas à rechercher par suite de quels événements cela se produit. Le subrogé ne saurait avoir plus de droits que la femme. Du moment que celle-ci n'en a plus, la subrogation se trouve n'être d'aucun effet. Sans doute nous reconnaissons avec nos adversaires que la subrogation avec une telle théorie n'offre qu'une garantie incertaine et précaire, qu'une sûreté éventuelle qui peut s'évanouir et devenir vaine sans qu'il soit nécessaire pour cela de supposer la moindre faute. Laissons la parole à M. Beudant (*Revue critique*, 1866, p. 234.) « Qu'y a-t-il à cela de si exorbitant ? Quoi qu'on fasse, les reprises de la femme pendant le mariage nè sont que des droits éventuels, même si les causes en existent au moment de la subrogation. Pourquoi vouloir absolument qu'une sûreté donnée sur un droit éventuel devienne dès maintenant une sûreté sur laquelle les événements ultérieurs ne puissent réagir ? La femme cède ses reprises de quelque manière qu'on l'entende, c'est très bien, mais pourvu en définitive qu'elle en ait à exercer...

« D'ailleurs, pourquoi prendre tant en considération l'intérêt du subrogé ? Lorsqu'il a exigé cette sûreté, il savait que cette sûreté était incertaine et il a accepté cette situation. Pourquoi tant le plaindre ? Dans des cas qui ont avec celui qui nous occupe une grande analogie, parce que la sûreté donnée est également fragile, la loi a donné des solutions précises. Dans l'article 2118 la loi prévoit qu'une hypothèque peut être établie sur un usufruit, dans l'article 2125 qu'on peut hypothéquer un immeuble dont le propriétaire n'a qu'un droit soumis à une condition résolutoire. Que dit-elle ? Que l'hypothèque est subordonnée à la durée de l'usufruit, qu'elle est soumise aux conditions qui affectent le droit du constituant. Ces sûretés sont donc excessivement fragiles. L'usufruit peut s'éteindre d'un instant à l'autre, la condition résolutoire peut se réaliser. La garantie que donne la subrogation n'est pas plus illusoire... Si la situation du subrogé est digne d'intérêt, celle de la femme n'en est pas moins digne. Si le subrogé souhaite naturellement que la garantie hypothécaire subsiste jusqu'à l'échéance de sa créance, le débiteur de son côté souhaite, non moins vivement

que cette garantie ne survive pas à l'extinction de l'obligation qui lui est personnelle. Pourquoi, dans l'intérêt du premier, enlever au second le bénéfice d'une éventualité qu'il a peut-être prévue et sur laquelle il a compté ? Pourquoi, au détriment évident du débiteur, attacher la convention des effets qui dépassent ainsi l'intention et la prévision des parties et qu'un transport-cession véritable pourrait seul produire ? »

Du reste, ainsi que nous l'avons déjà indiqué, la loi de 1855 en réglementant la subrogation n'a pas eu pour but de limiter à cette seule convention les stipulations que la femme peut passer relativement à son hypothèque légale. Si le créancier, effrayé par l'éventualité de la subrogation, désire obtenir une sûreté plus certaine, rien ne lui est plus facile. Si les circonstances le permettent, c'est-à-dire si la femme a actuellement des créances contre le mari, qu'il exige une cession des créances en reprises. C'est son droit. Il possédera alors une garantie sur laquelle les événements ultérieurs ne sauraient réagir ; mais n'est-ce pas pour nous un nouveau motif de décider que si le créancier s'est contenté de la garantie illusoire peut-être de la subrogation, il a accepté par là même toutes les causes qui pouvaient l'anéantir.

Au surplus, est-il absolument exact que les droits du subrogé soient tout à fait vains, ainsi qu'on affecte parfois de le croire ? Nullement. Car si l'extinction de la créance en reprises de la femme entraîne comme conséquence l'extinction de l'hypothèque cédée, il n'en est ainsi que lorsque ce résultat provient de faits qu'amène le jeu naturel et normal des rapports entre époux. Si elle se produisait par suite de manœuvres frauduleuses de la part de la femme, de son caprice ou de son mauvais vouloir, les subrogés pourraient utilement invoquer l'article 1167 du Code civil et attaquer les actes faits en fraude de leurs droits. Ce n'est que dans le cas où la femme aura un intérêt légitime que ces actes seront opposables au cessionnaire. Ce sera alors une question de fait que nos tribunaux seront appelés à trancher souverainement.

Ce système, le seul logique, le seul qui soit d'accord avec la nature de la subrogation, est maintenant généralement suivi. Parmi les arrêts qui l'ont adopté citons les suivants :

Il a été jugé que « la subrogation à l'hypothèque légale de

la femme mariée est sans effet lorsque la femme n'a aucune reprise à exercer. » (Orléans, 16 mars 1849, D, 49, 2, 156. Cassation 30 avril 1849, D, 50, 1, 117.)

« La subrogation à l'hypothèque légale, consentie par la femme au profit d'un tiers envers lequel elle s'est obligée solidairement avec son mari, ne confère au créancier qu'un droit éventuel et subordonné au résultat de la liquidation des reprises de la femme. On dirait en vain que la femme, en pareil cas, étant réputée ne s'être obligée que comme caution de son mari, et une hypothèque légale étant née à son profit au moment même de l'obligation, à raison de la garantie que lui doit ce dernier, le bénéfice de cette hypothèque a été irrévocablement acquis au créancier subrogé, sans que l'effet ait pu en être détruit ultérieurement par une compensation entre les reprises de la femme et les sommes qu'elle pouvait devoir à son mari ou à la communauté. (Paris, 3 février 1855, D, 55. 2, 285.)

Enfin, un arrêt récent de Rouen du 7 mars 1903, D, 1904. 2, 150, admet complètement notre théorie dans ses considérants. « Attendu qu'il est admis par la doctrine et la jurisprudence que la subrogation consentie par la femme dans son hypothèque légale, n'investit le subrogé que d'un droit éventuel, subordonné à la condition que la femme aura lors de la dissolution de la communauté une créance contre son mari... attendu qu'il est admis par la jurisprudence que la femme peut par des actes volontaires rendre inefficace la subrogation consentie de son hypothèque légale... »

Cette théorie est d'ailleurs simple, facile dans ses applications. Elle n'entraîne pas comme la précédente des difficultés sérieuses de classification, elle supprime tout embarras pour décider dans un certain nombre de cas qui gênent beaucoup nos adversaires.

On peut supposer que la femme, en se mariant sous le régime de communauté, a stipulé la faculté de reprendre ses apports en cas de renonciation seulement. Aura-t-elle le droit d'accepter la communauté et de rendre par là inutile les subrogations à son hypothèque légale en perdant le droit de reprendre ses apports ? Pour nous, la solution découle du principe adopté. La femme peut librement choisir le parti qui lui

convient. Elle peut accepter ou renoncer. Les subrogés n'auront à se plaindre qu'au cas de fraude. MM. Mérignhac arrivent à la même solution que nous, mais par un raisonnement différent : c'est une éventualité que le subrogé avait pu prévoir.

Il en est de même lorsque, dans son contrat de mariage, la femme a stipulé, eu égard à certains biens, le droit d'option entre leur restitution en nature ou leur valeur en argent. Les subrogés auront-ils le droit d'obliger la femme à opter pour ce dernier parti afin d'augmenter son droit de créance ? Non, répondent comme nous MM. Mérignhac, parce que la femme ne peut être présumée avoir voulu en subrogeant renoncer à une clause lui réservant pleine et entière liberté. D'ailleurs, les subrogés ont dû soit connaître l'existence de cette clause, soit en prévoir l'éventualité. Même solution et même raisonnement dans le cas où la loi elle-même offre à la femme ce droit d'option, c'est-à-dire lorsqu'en totalité ou en partie son bien indivis a été adjugé à son mari (article 1408 C. civ.).

Cette façon de raisonner ne prouve-t-elle pas la faiblesse de la théorie de MM. Mérignhac. Tantôt, ils tiennent compte des éventualités que le subrogé aura pu prévoir, tantôt ils décident que ces éventualités ne sauraient avoir aucun effet. N'est-ce pas là une contradiction manifeste ? Si les subrogés doivent dans les cas que nous venons d'indiquer respecter le droit d'option de la femme, le jeu des relations pécuniaires normales entre époux n'est pas à ce point du domaine hypothétique que les subrogés ne puissent le connaître. Il y a donc une contradiction, nous le répétons, dans cette théorie, et c'est encore pour nous un motif de la repousser.

Le droit que nous venons de reconnaître au profit de la femme de diminuer ou même de faire disparaître les effets de la subrogation par les actes de gestion de son patrimoine existe dans la même mesure au profit de ses héritiers. C'est ainsi que la cour d'Orléans a jugé à bon droit que si les héritiers de la femme sont en même temps les héritiers du mari et qu'ils acceptent les deux successions, l'hypothèque légale dans laquelle la femme avait subrogé disparaît par confusion (16 mars 1489, S, 49, 2, 449). Il faudrait décider de même dans le cas où l'époux survivant serait appelé, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une disposition de dernière volonté, à recueillir la

succession de son conjoint prédécédé. (Cassation, 8 août 1894, D, 95, 1, 235.)

Nous avons, jusqu'à présent, envisagé une subrogation générale. Lorsqu'une subrogation est limitée à certains immeubles du mari convient-il de restreindre également le droit du subrogé relativement à l'utilisation de la totalité des créances de la femme ? On ne saurait admettre cette limitation, car si la subrogation, par la convention, est restreinte quant aux biens sur lesquels elle porte, elle ne subit, de par le contrat, aucune diminution relativement aux reprises que le subrogé peut épuiser en totalité, jusqu'à concurrence du moins de la valeur des immeubles. C'est la solution conforme à la loi du 23 mars 1855. Nous reviendrons d'ailleurs sur ce point quand nous étudierons les conflits entre subrogés. En tout cas, c'est dans ce sens qu'a décidé la Cour de cassation le 11 juillet 1894 (S, 1889, 1, 354, note de Blondel).

DEUXIÈME PARTIE

DES EFFETS DE LA SUBROGATION

Afin d'exposer avec plus de clarté cette matière complexe et difficile, nous étudierons dans une section première les effets produits par la subrogation à l'égard du créancier subrogé, dans une section deuxième ceux produits à l'égard de la femme. Dans chacune de ces deux sections nous distinguerons les effets produits quant au droit de préférence et quant au droit de suite.

SECTION PREMIÈRE

Effets de la subrogation à l'égard du créancier subrogé

CHAPITRE PREMIER

EFFETS QUANT AU DROIT DE PRÉFÉRENCE

Le principe posé par l'alinéa 2 de l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 est très simple : entre plusieurs créanciers subrogés l'ordre de préférence se détermine par la date des inscriptions par eux requises à leur profit de l'hypothèque légale, ou par la date des mentions opérées en marge de l'inscription préexistante. C'est, de même qu'en matière hypothécaire, la règle : *Prior tempore potior jure* qui est appliquée ici.

De même également que dans le droit commun en matière d'hypothèque, si plusieurs subrogés ont rempli le même jour les formalités sus-indiquées, ces créanciers viennent en concours en vertu de l'article 2147 du Code civil, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de l'ordre des réquisitions adressées au conservateur des hypothèques. L'article 2147 est peut-être une exception à la règle générale citée plus haut, mais il n'en régit pas moins toutes les inscriptions en matière hypothécaire et par conséquent la publicité des subrogations à l'hypothèque légale de la femme mariée.

Si les reprises de la femme sont suffisantes, tous les subrogés sont colloqués dans leur ordre de préférence au rang qu'assure l'hypothèque légale de la femme. Si elles sont insuffisantes, les créanciers sont colloqués dans leur ordre de préférence jusqu'à complet épuisement. La subrogation, pour ceux qui ne viennent pas en ordre utile ne produit aucun effet.

Le juge, chargé de l'ordre, pose, dans son règlement provisoire, les bases sur lesquelles sera dressé son règlement définitif. Il ne peut, dans ce premier règlement, ni arrêter à un chiffre déterminé les créances qu'il colloque, puisque les intérêts et les frais de collocation et de bordereau ne pourront être liquidés qu'à la clôture de l'ordre, ni limiter aux sommes dès à présent justifiées les reprises de la subrogeante, car les subrogés auront le droit d'établir qu'il en existe d'autres. Il doit donc, dans ledit règlement provisoire, suivant l'ordre et le rang indiqués, colloquer chacun des subrogés, 1° pour le capital de sa créance ; 2° pour les intérêts conservés au rang de ce capital ; 3° pour tous frais ayant droit au même rang ; 4° pour les frais de production et de bordereau dont il prononce la distraction au profit de l'avoué qui la demande. Il précise en même temps que chaque collocation qu'il vient d'effectuer sera prise sur les créances aliénables de la subrogeante actuellement justifiées, qu'il indique, ainsi que les titres d'où elles résultent et sur toutes autres, au besoin, de même nature, dont justification pourra être en temps utile fournie, toutes créances à grossir des intérêts et des frais conservés au rang du capital. Il ajoute qu'après complet épuisement des reprises, le bénéfice de la subrogation s'évanouira en totalité ou en partie pour les subrogés sur lesquels les fonds manqueront ou en totalité ou partiellement. (MÉRIGNHAC, *Op. cit.*, p. 170.)

Les créanciers subrogés, en produisant à l'ordre, s'ils ont une hypothèque conventionnelle contre le mari, demanderont nécessairement à être colloqués, en outre, au rang de cette hypothèque, pour la totalité de leurs droits ou leur complément, pour le cas où la collocation qu'ils obtiendront comme subrogés ne serait point utile ou ne le serait qu'en partie. Leur demande, à cet égard, pourra d'ailleurs avoir un autre intérêt, car il peut arriver que, parmi les reprises de la femme nées après la subrogation accordée, certaines soient primées par l'hypothèque conventionnelle du subrogé. Dès lors, faisant droit à leur demande, le juge devra colloquer, à nouveau, chacun d'eux, pour les mêmes droits, au rang de cette nouvelle hypothèque, en précisant que cette dernière collocation ne servira que dans la mesure où la première ne donnerait point satisfaction. (MÉRIGNHAC, *Op. cit.*, p. 171.)

Dans son règlement définitif, le magistrat liquidera les reprises alors justifiées de la subrogeante en capital, intérêts et frais ; et, sur leur montant, il colloquera, jusqu'à leur complet épuisement, les subrogés d'après l'ordre établi au règlement provisoire, pour le capital, les intérêts et frais y alloués primitivement. Les subrogés qui ne viendront point en rang utile sur les reprises, ou qui, par elles, ne seront payés qu'en partie, recevront satisfaction au moyen de la collocation par eux obtenue au rang de leur hypothèque conventionnelle. En tout cas, il est bien évident que, si les subrogés n'ont pu alors justifier d'aucune reprise aliénable de la subrogeante, leurs collocations obtenues en vertu de la subrogation demeureront non avenues. (MÉRIGNHAC, *Eod. loc.*)

Nous avons vu que la subrogation doit être colloquée sur toutes les reprises aliénables de la subrogeante, grossies des intérêts et des frais. Nous ne nous occuperons pas ici des reprises qui peuvent naître d'une foule de causes, mais insistons sur les intérêts et les frais destinés à grossir la créance de la subrogeante et à assurer d'autant les collocations des subrogés.

Pour les intérêts une question se pose : l'article 2151 du Code civil, modifié par la loi du 17 juin 1893, limite la collocation d'intérêts d'un capital garanti par une hypothèque, au rang de cette hypothèque, à trois années. Cette limitation s'applique-t-elle aux intérêts des reprises de la femme ? La jurisprudence, d'accord avec la doctrine, admet que cet article règle, non l'effet de l'hypothèque, mais l'effet de l'inscription, et que, dès lors, il ne peut s'appliquer à l'hypothèque légale de la femme mariée dispensée d'inscription. Tant que dure cette dispense, les intérêts se trouvent tout naturellement garantis, quel que soit leur chiffre, de la même façon que le capital. Mais le jour où cette dispense cesse, le jour où, en vertu de l'article 8 de la loi du 23 mars 1855, cette hypothèque se trouve soumise à la publicité, c'est-à-dire un an après la dissolution du mariage, le droit commun devient applicable, c'est-à-dire que les intérêts courant à partir de ce moment ne sont plus garantis que par l'article 2151 du Code civil. Toutefois, même alors une exception est apportée pour le cas où les droits de la femme n'ayant point encore été liquidés, l'inscrip-

tion est prise par celle-ci pour ses créances indéterminées : cette inscription, en cette hypothèse, garantit encore tous les intérêts dus, lesquels ne tombent point sous l'application de l'article 2151 du Code civil.

En ce qui concerne les frais, nous serons très brefs. Disons, d'une manière générale, que la femme pourra faire colloquer aux divers rangs auxquels a droit son hypothèque légale, suivant leur nature, ceux qu'elle aura déboursés pour la constatation, la conservation et le paiement de ses créances, pour son inscription et le renouvellement de celle-ci, pour ses frais de séparation de biens, de corps ou de divorce, en supposant, bien entendu, qu'ils lui aient été alloués. Tous ces frais viennent, au profit des subrogés, grossir ses reprises, à moins cependant que l'avoué n'en ait obtenu la distraction, auquel cas ce dernier aura le droit de se faire personnellement colloquer.

Le subrogé exercera son droit sur toutes ces sommes, pour obtenir collocation de sa créance en capital, intérêts et frais.

De la créance nous n'avons rien à dire. Mais pour quels intérêts et pour quels frais obtiendra-t-il collocation ?

Nous avons vu que d'après l'article 2151 du Code civil, modifié en 1893, le créancier privilégié ou hypothécaire inscrit pour un capital portant intérêts a droit d'être colloqué pour trois années d'intérêts antérieurs à la réalisation du gage. Et, d'après l'opinion générale et la jurisprudence, ces trois années doivent être arrêtées au jour où l'hypothèque a produit son effet légal, c'est-à-dire, suivant la Cour de cassation, à partir de la transcription du jugement d'adjudication si l'immeuble a été vendu sur saisie immobilière, ou de la notification prescrite par l'article 2183 du Code civil si l'aliénation a eu lieu sur vente volontaire nécessitant la purge des hypothèques inscrites. Mais entre le moment où l'hypothèque a produit son effet légal et celui de la clôture de l'ordre, un assez long espace de temps peut s'écouler. Le subrogé pourra-t-il être colloqué au rang de la créance pour les intérêts qui vont courir durant cette période ? L'opinion générale et la jurisprudence l'admettent car le subrogé ne doit pas souffrir des lenteurs de la procédure d'ordre et il doit être placé dans la situation que lui aurait procurée une distribution immédiate. D'ailleurs, si l'on admet la jurisprudence de la cour de Cas-

sation, comme, à partir de ce moment, il a perdu la faculté de conserver ses droits au moyen d'inscriptions nouvelles, il est juste que l'article 2151 du Code civil ne puisse plus lui être opposé. Quant aux intérêts courus après la clôture de l'ordre, ils sont, aux termes de l'article 765 du Code de procédure civile, à la charge de l'adjudicataire qui les doit jusqu'au moment où il effectue le paiement des bordereaux délivrés sur lui, et qui est tenu de les payer en payant ces bordereaux.

Conformément au droit commun (art. 2151 *in fine* C. civ.), les subrogés pourront prendre des inscriptions particulières pour conserver les intérêts antérieurs. Ils pourront ainsi se faire colloquer pour ces intérêts au rang de l'hypothèque légale, puisque, en principe, la subrogation doit garantir la totalité de la créance. Mais il y a lieu cependant d'apporter à cette règle un tempérament : si la femme a subrogé avant la nouvelle inscription un autre créancier, que cet autre créancier ait accompli les formalités exigées par la loi de 1855, cette collocation ne pourra prendre rang qu'après la nouvelle subrogation.

Une autre question se pose : lorsque les reprises de la femme ont droit à une collocation d'intérêts dépassant trois années, le subrogé pourra-t-il se faire colloquer pour tous les intérêts qui lui seront dûs jusqu'à épuisement complet de ceux de la subrogeante ? M. Mourlon (*Transcription*, n° 1094) soutient, en effet, que le subrogé pourra, au moyen de la subrogation, faire colloquer tous les intérêts qui lui seront dus : « Nous n'appliquons pas, dit-il, l'article 2151 du Code civil aux inscriptions et mentions subrogatives. Il déroge au principe : *Accessorium sequitur principale* et les dispositions exceptionnelles, lors surtout qu'elles s'analysent en des déchéances ne sont point susceptibles d'extension. » On peut reprocher à M. Mourlon de perdre de vue ce qu'est la subrogation. La subrogation ne modifie pas le droit du créancier. Elle est simplement une garantie au profit de ce droit comme l'est une hypothèque. Ce qui est colloqué, c'est la créance du subrogé. Elle est colloquée au rang de l'hypothèque légale, soit, mais cela n'a aucune influence sur la créance même. Cette créance n'a droit qu'aux intérêts de trois ans. Par conséquent le créancier n'obtiendra rien de plus. Et s'il est nécessaire de

motiver plus fortement notre solution, nous pouvons faire intervenir un argument de texte : l'article 2151 du Code civil ne s'applique pas à l'égard des hypothèques dispensées d'inscription, comme l'est celle de la femme, mais il s'applique au subrogé dont l'hypothèque ne vit que par l'inscription (loi de 1855). C'est d'ailleurs également la solution donnée par la Cour de cassation. (Cassation, 17 novembre 1879, P. 81, I. 386. — 27 janvier 1885. P. 86, I. 245.)

Passons aux frais. Pour quels frais le subrogé obtiendrait-il collocation au rang de sa créance ? Il est difficile d'en faire une énumération complète. Citons les frais et loyaux coûts de son titre — ceux de l'inscription et du renouvellement, ceux qu'il aura exposés pour le paiement ou la conservation de sa créance. Mais tous ces frais ne seront colloqués que s'ils ont été indiqués ou évalués dans l'inscription ; c'est là le point principal ; une simple mention pour mémoire serait à leur égard complètement inefficace. (Cassation, 14 août 1883. D. 84, I. 64.)

En résumé, voici comment doit être définitivement réglé l'ordre en ce qui concerne les subrogés :

Dans son règlement définitif, le juge liquide en capital, intérêts et frais chaque créance aliénable de la subrogeante sur laquelle a pu utilement porter la subrogation. Si toutes au règlement provisoire ont été classées au même rang, il forme de toutes un total général. Si au contraire, à raison de leur nature différente, elles figurent à des rangs divers conformément à l'article 2135 du Code civil, il établit pour chacune un total spécial et distinct. Puis, sur le total général ou sur chaque total spécial il colloque le créancier subrogé premier en rang, d'abord pour son capital, ensuite pour les intérêts en suivant les règles sus-énoncées et enfin pour les divers frais venant au rang de sa créance. Il colloque dans la même mesure le subrogé second en rang et ainsi de suite jusqu'à épuisement complet des reprises liquidées. Les subrogés pour lesquels les fonds auront manqué en totalité ou en partie recevront satisfaction au moyen de leur hypothèque conventionnelle, s'ils arrivent d'ailleurs en ordre utile. (MÉRIGNHAC, *loc. cit.*, p. 179.)

Nous n'avons eu en vue jusqu'à présent qu'une subrogation générale. Mais nous avons vu précédemment que la

femme pouvait consentir des subrogations spéciales. Nous avons à ce sujet plusieurs cas délicats à examiner.

La femme peut, en effet, consentir une subrogation à l'hypothèque garantissant une créance déterminée — soit une subrogation générale quant au montant des reprises mais limitée dans son exercice à certains immeubles — soit une subrogation limitée à une quote part.

Examinons successivement chacun de ces cas. Nous touchons à une des parties les plus difficiles de la matière. Nous allons, en effet, avoir à trancher des conflits qui peuvent s'élever soit entre la femme et le subrogé, soit entre subrogés successifs.

(I. Subrogation à l'hypothèque garantissant une créance déterminée.

Le subrogé peut se trouver soit en présence de la femme, soit en présence d'autres subrogés.

a) Le créancier subrogé se trouve en présence de la femme.

Trois cas peuvent se présenter :

1° L'hypothèque garantissant la reprise cédée à un rang préférable à celle garantissant la reprise conservée ;

2° L'hypothèque garantissant la reprise cédée à un rang inférieur à celle garantissant la reprise conservée ;

3° Les deux hypothèques ont le même rang.

Dans le premier cas aucune difficulté. Le subrogé passe avant la femme.

Mais les difficultés s'élèvent avec les deux derniers cas. Si l'on suppose qu'un ordre s'ouvre sur un immeuble du mari et que le prix ne soit pas suffisant pour désintéresser le subrogé et la femme, comment régler la situation ? La femme doit-elle primer le subrogé (deuxième cas) ou venir en concours avec lui (troisième cas) ou bien le subrogé, dans tous les cas, aura-t-il le droit de se faire payer d'abord ? La question ne comporte pas, à notre avis, une réponse unique. Il faut distinguer suivant que la femme a pris ou non un engagement personnel — suivant que le créancier subrogé se trouve soit en présence de la femme, soit en présence des créanciers de la femme.

α Le subrogé est en présence de la femme.

La femme a consenti une subrogation pure et simple. Par

exemple la subrogation porte sur l'hypothèque garantissant la créance en reprises du prix d'un propre aliéné, à la date seulement de l'aliénation et la femme a conservé l'hypothèque garantissant une créance en reprises d'apports mobiliers, réservés propres, hypothèque remontant au jour du mariage. La réponse ne nous paraît pas présenter de sérieuses difficultés. La femme primera le subrogé (deuxième cas) ou concourra avec lui (troisième cas). Le subrogé n'a nullement à se plaindre. Il a connu la garantie qu'on lui donnait. Il la savait soit primée, soit conservée pour partie par la femme. Si l'on n'admet pas cette solution on est amené à conclure que toute subrogation entraîne de la part de la femme la garantie actuelle et future de la solvabilité de son débiteur.

β Le subrogé est en présence de la femme, mais celle-ci, outre la subrogation, s'est engagée solidairement avec son mari envers le subrogé.

Dans ce cas, il est bien évident que le subrogé primera toujours la femme. D'abord en vertu de l'article 1166 du Code civil ; ensuite en vertu du principe : *quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio*.

γ Le subrogé se trouve non plus en présence de la femme, mais en présence de ses créanciers chirographaires.

Ce cas arrivera le plus fréquemment, car les créanciers de la subrogeante voudront faire valoir au nom de cette dernière soit l'hypothèque supérieure en rang, soit la portion d'hypothèque de même rang conservée par la femme. La situation change. L'engagement personnel de la femme oblige, il est vrai, ses créanciers, mais seulement d'une certaine manière. Ils devront simplement reconnaître au subrogé, créancier de la femme, le droit de concourir avec eux sur tous les biens de leur débitrice commune et sur la collocation hypothécaire par elle conservée (art. 2093 C. civ. et 775 C. Pr. civ.) ; car ils ont un droit égal au sien sur tout ce que la femme n'a pas cédé. Ils sont ayants cause comme lui. Le subrogé n'a de droit réel que sur l'hypothèque garantissant la reprise et il ne peut profiter de l'hypothèque légale garantissant les autres reprises qu'en vertu de l'article 2092 du Code civil.

Toutefois notre solution serait différente si, des expressions du contrat ou plus généralement des circonstances de

fait, il résultait que la femme a entendu non seulement s'engager personnellement, mais encore renoncer à faire valoir contre lui l'hypothèque garantissant ses autres créances. Nous aurions alors une renonciation *in favorem* grâce à laquelle le subrogé pourrait primer les autres créanciers. Mais convient-il d'admettre facilement l'existence de cette renonciation ? M. Mourlon (*Transcription*, n° 899) est de cet avis : « Promettre qu'une créance sera payée, c'est virtuellement s'engager à ne pas l'entraver dans son exercice, à s'abstenir, et par conséquent, à ne pas faire valoir, à l'encontre de l'hypothèque qui la protège une autre hypothèque ou tout autre droit propre à l'empêcher de sortir effet... S'engager à ne pas mettre l'hypothèque qu'on a retenue en conflit avec l'hypothèque qu'on a cédée, c'est tacitement y renoncer au profit de son cessionnaire et dans la limite de son intérêt. Cela est évident, car on ne saurait admettre que la cédante, qui a promis de faire valoir la créance qu'elle a cédée, s'est réservé le droit d'éluder son engagement en transférant à un cessionnaire ou à ses créanciers la créance qu'elle a conservée et l'hypothèque qui y est jointe ; cette réserve serait contraire à la bonne foi et personne n'ignore qu'en principe la mauvaise foi ne se présume pas... » Par conséquent l'hypothèque cédée au subrogé étant un droit réel est opposable à ce titre aux ayants cause de la cédante comme à la cédante elle-même.

Malgré la grande autorité de M. Mourlon, il ne faut pas, croyons-nous, présumer facilement une renonciation *in favorem* jointe à la subrogation. Sans doute, sous le rapport de l'équité l'interprétation précédente serait préférable, mais en raisonnant ainsi on crée un droit de préférence en dehors des modes légaux. Par conséquent nous conservons notre solution : le subrogé sera primé par les créanciers de la femme (deuxième cas) ou viendra en concurrence avec eux (troisième cas).

b) Le subrogé se trouve en présence d'autres subrogés.

Nous avons deux cas à examiner :

1° L'hypothèque garantissant les reprises cédées a un rang unique ;

2° Les hypothèques garantissant les reprises cédées ont des rangs différents.

Dans le premier cas rien de plus simple. La loi du 23 mars 1855 tranche la question : l'ordre des inscriptions ou mentions marginales déterminera l'ordre de préférence entre les subrogés successifs. Ces subrogés en effet exercent le même droit.

Dans le second cas faut-il appliquer également la loi de 1855 ? Nous ne le croyons pas et nous sommes convaincus que les subrogés doivent être colloqués d'après l'ordre indiqué par l'article 2135 du Code civil, sans tenir compte de la date de la publicité des subrogations. Pour reprendre l'exemple donné précédemment, le créancier subrogé à l'hypothèque garantissant la créance de la dot primera le subrogé à l'hypothèque garantissant la créance en indemnité de l'aliénation d'un propre, alors même que la convention dont il bénéficierait serait postérieure en date. « Ce résultat, comme le font remarquer MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes (*Privilèges et hypothèques*, t. II, n° 1124), est conforme à la volonté des parties et n'est pas en opposition avec la loi de 1855 qui n'a prévu que le cas de subrogations dans la généralité de l'hypothèque légale, c'est-à-dire le cas où les subrogés se prévalent des mêmes droits et des mêmes créances. »

Que décider dans le cas où la subrogation consentie par la femme au premier subrogé, à l'hypothèque garantissant une créance ayant un rang inférieur serait accompagnée d'une obligation personnelle de la femme ou de clauses de garanties ? Nous avons déjà précédemment examiné cette question et nous avons démontré, croyons-nous, que l'engagement personnel de la femme ne pouvait créer un droit de préférence opposable à ses créanciers ou ayants cause, à moins toutefois que cet engagement ne soit en réalité une renonciation *in favorem*.

II. Subrogation limitée quant à l'exercice de l'hypothèque légale à certains immeubles.

Nous aurons à examiner deux cas : d'abord le cas où un ordre unique s'ouvrira pour la distribution du prix de tous les immeubles du mari ; ensuite le cas où il y aura des ordres différents.

Mais comment le conflit peut-il s'élever entre subrogés ? Ceux-ci ne peuvent exercer la subrogation que sur des im-

meubles déterminés. Ils n'ont donc de droits que sur l'immeuble à eux personnellement affecté. Ils ne peuvent intervenir sur la distribution du prix d'un autre immeuble ; donc il semble qu'un conflit ne puisse s'élever entre eux. C'est oublier, en fait, ce qu'est la subrogation. Lorsque la femme a subrogé un premier créancier dans les effets de son hypothèque légale, elle ne peut transmettre à un second créancier que le bénéfice de son hypothèque diminuée du montant de la créance du premier subrogé. Par conséquent ils sont en conflit quant à l'exercice du droit hypothécaire, chaque subrogé postérieur ne pouvant exercer l'hypothèque légale que déduction faite des subrogations antérieurement consenties.

1^o **Ordre unique pour la distribution du prix des immeubles du mari.**

Supposons, pour fixer les idées, que la femme ait 27,000 francs de reprises à exercer. Le mari possède quatre immeubles vendus, savoir : A 10,000 francs ; B 8,000 francs ; C 7,000 francs ; D 2,000 francs. Total 27,000 francs.

La femme a consenti des subrogations successives.

En 1903, *Primus* a été subrogé sur l'immeuble A. Sa créance est de 10,000 francs.

En 1904, *Secundus* a été subrogé sur l'immeuble B. Sa créance est de 5,000 francs.

En janvier 1905, *Tertius* a été subrogé sur l'immeuble B. Sa créance est de 5,000 francs.

En décembre 1905, *Quartus* a été subrogé sur l'immeuble C. Sa créance est de 10,000 francs.

En 1906, *Quintus* a été subrogé sur l'immeuble D. Sa créance est de 4,000 francs.

Nous supposons que tous les subrogés ont immédiatement rempli les formalités de la loi de 1855.

Quelles sommes obtiendront-ils dans la collocation ? Il est facile de se rendre compte immédiatement que tous ne pourront être payés. En effet, la femme n'a que 27,000 francs de reprises et les créances des subrogés s'élèvent à 34,000 francs.

La situation paraît compliquée. En réalité elle est très simple si l'on applique les trois principes suivants : le total des subrogations ne peut dépasser le total des reprises. Les subrogés spéciaux ne peuvent exercer leurs droits que sur l'im-

meuble à eux affecté. Entre subrogés l'ordre de préférence se détermine par l'ordre d'inscription.

Dès lors nous aurons les collocations suivantes :

Primus sera colloqué sur l'immeuble A vendu 10,000 francs pour 10,000 francs, collocation égale à sa créance.

Secundus et *Tertius* seront colloqués sur l'immeuble B vendu 8,000 francs. *Secundus* étant préférable, prendra 5,000 francs, montant de sa créance. *Tertius* ne touchera que 3,000 francs et perdra 2,000 francs. Les reprises de la femme sont cependant suffisantes pour assurer son paiement, mais il ne peut exercer l'hypothèque légale que sur l'immeuble B.

Quartus, créancier de 10,000 francs, en admettant même que l'immeuble C eût été vendu un prix suffisant pour assurer son paiement intégral ne pourrait toucher que 9,000 francs, restant des reprises de la femme ($27,000 - 10,000 - 8,000 = 9,000$). Mais comme l'immeuble C n'a été vendu que 7,000 fr., il ne touchera que 7,000 francs..

Quintus, créancier de 4,000 francs, utilisera les 2,000 fr. de reprises restant à la femme et touchera 2,000 francs sur l'immeuble D vendu 2,000 francs.

On voit que dans certains cas, la femme pourrait cependant obtenir collocation, alors même que le total des subrogations dépasserait le montant de ses reprises. C'est ce qui se produirait dans le cas suivant :

La femme a 25,000 francs de reprises. Le mari a quatre immeubles vendus : A 10,000 francs ; B 2,000 francs ; C 5,000 francs ; D 20,000 francs.

Les subrogations ont été consenties dans l'ordre suivant :

Primus sur l'immeuble A pour une créance de 5,000 francs.

Secundus sur l'immeuble B pour une créance de 5,000 fr.

Tertius sur l'immeuble B pour une créance de 2,000 fr.

Quartus sur l'immeuble C pour une créance de 10,000 fr.

Quintus sur l'immeuble D pour une créance de 4,000 fr.

Total des subrogations : 26,000 francs, supérieur au montant des reprises : 25,000 francs.

Quintus : 4,000 francs ; total des collocations : 16,000 francs.

Les collocations seront les suivantes : *Primus* : 5,000 fr. ; *Secundus* : 2,000 francs ; *Tertius* : rien ; *Quartus* : 5,000 fr. ; La femme pourra donc utiliser son hypothèque à son profit

et obtenir collocation pour 9,000 francs, sans que les subrogés puissent se plaindre.

Ces cas envisagés sont les plus simples. Supposons maintenant un conflit entre une subrogation générale et plusieurs subrogations spéciales. Pour fixer les idées, supposons le cas suivant :

La femme a une créance en reprise de 40,000 francs. Le mari possède quatre immeubles vendus : A 10,000 francs ; B 8,000 francs ; C 7,000 francs ; D 20,000 francs. Supposons également pour plus de simplicité, les immeubles situés dans le même arrondissement.

Les subrogations ont été consenties :

En 1904, subrogation générale au profit de *Primus* pour garantie d'une créance de 20,000 francs.

En 1905 subrogation spéciale sur l'immeuble A au profit de *Secundus* pour garantie d'une créance de 15,000 francs.

En 1906, subrogation spéciale sur les immeubles B et C au profit de *Tertius* pour garantie d'une créance de 12,000 fr.

En 1907, subrogation spéciale sur l'immeuble D au profit de *Quartus* pour garantie d'une créance de 5,000 francs.

On sait que dans notre droit commun en matière d'hypothèque, au cas de conflit entre hypothèques générales et spéciales, et dans le cas d'un ordre unique, on considère l'hypothèque générale comme une charge commune aux divers immeubles et qui les grève également. Il n'y a pas atteinte à l'indivisibilité de l'hypothèque car le créancier obtiendra son paiement en une seule fois, bien que l'argent provienne d'immeubles différents. On sait d'autre part également que la jurisprudence décide que la répartition de l'hypothèque générale se fait d'après l'ancienneté relative des hypothèques postérieures en date. Par conséquent, les derniers inscrits sont ceux qui seront atteints par la collocation de l'hypothèque générale. La jurisprudence invoque comme motif le souci de respecter la règle : *Prior tempore potior jure*.

Ces principes admis, reprenons notre exemple :

Primus, créancier ayant obtenu une subrogation générale et créancier de 20,000 francs, verra sa collocation porter sur l'immeuble affecté au dernier subrogé inscrit, en l'espèce l'im-

meuble D, vendu 20,000 francs. Il absorbera donc le prix de cet immeuble.

Pour les autres subrogés, nous retombons dans le cas précédent.

Secundus, créancier de 15,000 francs, inscrit sur l'immeuble A vendu 10,000 francs, ne sera colloqué que pour 10,000 francs.

Tertius, créancier de 12,000 francs, inscrit sur les immeubles B et C vendus ensemble 15,000 francs, ne touchera cependant pas ses 12,000 francs, faute de reprises de la femme. En effet, $40,000 - 20,000 - 10,000 = 10,000$. Il ne touchera donc que 10,000 francs.

Quant à *Quartus*, il ne touchera rien, et pour deux motifs :

- a) La valeur de l'immeuble à lui affecté a été complètement attribuée à *Primus*, bénéficiaire d'une subrogation générale ;
- b) Les reprises de la femme sont épuisées.

2° Des ordres différents sont ouverts pour la distribution du prix des immeubles du mari.

Nous examinerons le cas où le subrogé se trouve en présence de la femme, et le cas où il se trouve en présence d'autres subrogés.

- a) Le subrogé est en présence de la femme.

Supposons, pour fixer les idées, que le mari possède deux immeubles A et B. La femme a consenti en faveur d'un créancier une subrogation sur A. Avant que l'ordre s'ouvre sur cet immeuble, un ordre s'ouvre sur B.

Le créancier ne peut se présenter. Mais la femme pourrait-elle obtenir une collocation définitive et par suite, détruire le droit du subrogé ?

On pourrait le soutenir, car si la femme a cédé au créancier ses droits hypothécaires sur l'immeuble A, elle les a au contraire conservés sur l'immeuble B ; d'où il suit que si l'immeuble B est exproprié le premier, et si la femme reçoit sur le prix ce qui lui est dû, ses reprises sont éteintes, et cette cause d'extinction empêchera plus tard le créancier de se faire colloquer sur l'immeuble A. Si la femme ne pouvait recevoir qu'une collocation provisoire, il n'y aurait plus de différence sensible entre la subrogation générale sur tous les biens et la subrogation spéciale sur un immeuble : puisque, dans les

deux cas, et quoiqu'il advint, le subrogé recevrait toujours le montant de son obligation sur le prix des biens du mari. La limitation apportée à la subrogation n'aurait donc plus de signification puisqu'elle conduirait indirectement aux effets d'une subrogation générale. Mais, au contraire, dans le système indiqué d'abord, il y a une différence bien tranchée entre les deux espèces de subrogation, l'une générale, l'autre limitée. Celle-ci est une espèce d'aléa, et si elle reste sans effet utile pour le subrogé, celui-ci ne fera que subir la condition qu'il s'est faite à lui-même ; il devait exiger une subrogation sur tous les biens du mari. De plus, en fait, à qui les subrogations sur un immeuble spécial sont-elles ordinairement consenties, sinon à un créancier du mari qui a déjà une hypothèque conventionnelle sur cet immeuble ? Or puisqu'il a par lui-même un droit de préférence, son intérêt — quant à l'hypothèque légale — consistait à obtenir la transmission ou au moins l'extinction relative, afin que la femme n'ait pas un rang préférable au sien ; mais précisément, l'extinction de l'hypothèque de la femme a lieu lorsqu'elle l'exerce sur un autre immeuble, sur l'immeuble B ; elle ne viendra donc plus faire obstacle à l'hypothèque conventionnelle du subrogé sur l'immeuble A.

Ce raisonnement fait complètement abstraction de ce qu'est la subrogation. De plus, remarquons qu'on n'a pas le droit de raisonner *de eo quod plerumque fit*, car c'est avouer que le raisonnement pêche si on l'applique à une autre circonstance de fait. Quels droits la femme a-t-elle transmis ? Son hypothèque légale. Pourquoi n'a-t-elle subrogé que sur cet immeuble ? Parce que la créance du subrogé était suffisamment garantie par la valeur de cet immeuble. Or, nous avons précédemment établi que dans les cas où la subrogation est limitée à certains immeubles, le subrogé a néanmoins le droit absolu d'utiliser l'hypothèque légale dans sa généralité, que, d'autre part, la femme est liée par la subrogation qu'elle a consentie. Dès lors il nous est impossible d'admettre une collocation définitive de la femme. Mais ne doit-elle obtenir qu'une collocation provisoire ? Non plus. A notre avis la manière la plus simple de régler le conflit sera la suivante : supposons que l'immeuble B a été vendu 20,000 francs. La

femme a 20,000 francs de reprises. Le subrogé est créancier de 5,000 francs. Le créancier ne peut être colloqué sur l'immeuble B. Les termes de sa subrogation s'y opposent, mais il interviendra à l'ordre et fera observer que la femme ne peut exercer sur l'immeuble B son hypothèque légale dans son intégralité puisqu'elle l'a transmise jusqu'à la concurrence d'une somme de 5,000 francs. D'autre part le subrogé ne peut faire écarter définitivement la femme car il ne peut affirmer qu'il se servira de l'hypothèque légale. Il ne s'en servira que s'il n'est pas autrement payé avant l'ouverture de l'ordre sur l'immeuble A. Dès lors la femme peut exercer ses droits à titre provisoire. Par conséquent nous réglerions ainsi la situation : la femme sera colloquée définitivement pour 15,000 francs et provisoirement pour 5,000 francs. Si le subrogé est obligé d'exercer l'hypothèque légale sur l'immeuble A, cette collocation provisoire lui sera attribuée.

Dans cet exemple, comme dans les précédents, nous avons fait abstraction des intérêts et des frais qui pouvaient grossir la créance du subrogé afin de ne pas compliquer nos explications. Il en serait dans tous les cas naturellement tenu compte.

b) Le subrogé est en présence d'autres subrogés.

Nous avons indiqué comment la question se posait, comment le conflit pouvait s'élever entre eux. Ces créanciers subrogés à des dates différentes ont acquis le droit de se prévaloir de l'hypothèque légale jusqu'à concurrence de leurs créances dans la mesure des reprises de la subrogeante. Celui d'entre eux qui exercera le droit le premier diminuera d'autant le droit hypothécaire de la femme, et fera perdre, tout au moins jusqu'à concurrence du montant de sa collocation, le bénéfice du rang qui appartenait à la femme. Il est donc important de déterminer l'ordre dans lequel chacun sera admis à invoquer le droit de préférence qui lui a été transmis.

Il nous paraît impossible d'en abandonner la fixation au hasard et de le faire dépendre soit de la réalisation plus ou moins prompte des biens grevés, soit de la date des ordres ouverts pour la distribution des prix. Ce serait injuste. Il se pourrait que le dernier subrogé reçût le premier satisfaction. Si le prix de l'immeuble à lui affecté était distribué le premier et si sa créance absorbait la totalité des reprises de la femme,

les subrogés antérieurs seraient privés de tout droit, ou tout au moins ne pourraient être colloqués qu'à un rang inférieur. Ils seraient exposés à ne pas venir en ordre utile et à être privés du bénéfice de la subrogation sur la foi de laquelle ils avaient consenti à traiter.

C'est pourquoi nous appliquons dans ce cas l'ordre déterminé par l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 et nous décidons que le rang des subrogés se détermine par la date des inscriptions ou des mentions marginales.

En effet, le texte de la loi de 1855, s'il a prévu le cas de subrogations générales et non de subrogations limitées à certains immeubles, prévoit le cas où les subrogés ont reçu le droit d'exercer la totalité des effets de l'hypothèque légale. Par conséquent il embrasse notre hypothèse.

C'est d'ailleurs l'application des principes. La femme qui a consenti une subrogation ne peut, par un acte ultérieur de sa volonté, en faisant de nouvelles subrogations, porter atteinte aux droits qu'elle a concédés. Il importe peu que la subrogation postérieure se réfère à un immeuble différent. L'effet de la subrogation est limité d'une part par la valeur de cet immeuble, d'autre part par le montant des reprises de la femme. Il y aurait atteinte à ses droits si on ne reconnaissait pas au subrogé un droit de préférence à l'encontre des subrogés postérieurs sur d'autres immeubles. Ces derniers ne sauraient être admis à exercer l'hypothèque légale que si la femme reste créancière après que le premier subrogé a fait valoir ses droits.

De même cette solution satisfait l'équité : la subrogation publiée conformément à la loi, inscrite ou mentionnée la première produira les effets qu'elle devait avoir dans l'intention des parties.

En outre l'alinéa 5, article unique de la loi du 13 février 1889, portant modification de l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 apporte peut-être un nouvel argument à l'appui de notre solution : « Le concours ou le consentement donné par la femme soit à un acte d'aliénation, contenant quittance totale ou partielle du prix, soit à l'acte ultérieur de quittance totale ou partielle, emporte même, à due concurrence, subrogation à l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu, au profit

de l'acquéreur, vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs en rang ; mais cette subrogation ne pourra préjudicier aux tiers qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme sur d'autres immeubles du mari, à moins que l'acquéreur ne se soit conformé aux prescriptions du paragraphe 1^{er} du présent article. » La loi prévoit le cas où l'acquéreur, subrogé au droit de préférence qui, après la renonciation à l'hypothèque légale, a survécu au droit de suite, se trouve en conflit avec des subrogés postérieurs sur d'autres immeubles du mari. La loi de 1889 décide que la préférence entre eux se détermine par la date de la publicité. Tel est notre cas, sauf cette légère différence que l'acquéreur de la loi de 1889 n'est subrogé qu'au droit de préférence tandis que les subrogés dont nous nous occupons ont acquis le droit de préférence et le droit de suite. Cette différence importe peu. Il s'agit de subrogés sur des immeubles différents et la solution admise par la loi pour l'un des deux cas s'applique nécessairement à l'autre.

Mais le subrogé ne jouit de cette cause de préférence que sur l'immeuble déterminé sur lequel la subrogation lui a été consentie. Si le prix de cet immeuble ne suffisait pas pour le couvrir, il ne pourrait invoquer la subrogation sur d'autres immeubles en admettant que les créances de la femme ne fussent pas épuisées. Il importerait peu, dans ce cas, que la femme fût personnellement obligée envers le créancier subrogé. L'obligation personnelle contractée par elle aurait bien pour effet d'engager l'universalité de son patrimoine, mais elle ne saurait donner naissance à une cause de préférence ; celle-ci ne peut résulter que d'une subrogation. Nous avons supposé que la subrogation ne s'appliquait qu'à un immeuble déterminé. L'effet en est limité à cet immeuble. Pour le surplus, le subrogé se trouve dans la même situation que tous les autres créanciers de la femme. Il a les mêmes droits, il ne saurait en prétendre de plus étendus.

En pratique, une difficulté considérable s'élève lorsque le montant des créances de la femme ne suffit pas à désintéresser tous les subrogés. Ceux-là seuls sont appelés à l'ordre qui sont inscrits sur l'immeuble dont le prix est en distribution. Or les subrogés dont nous parlons sont inscrits sur des im-

meubles différents. Ils ne figurent pas au même ordre. Qu'en conclure ? Que l'exercice, par les subrogés postérieurs, de l'hypothèque légale ne peut nuire au premier subrogé, que celui-ci conserve l'intégralité de ses droits, qu'il peut demander à être colloqué comme si les reprises de la femme étaient entières. (Cassation, 11 juillet 1894, D. 96, I. 113.)

Mais alors l'exercice de l'hypothèque légale par le subrogé postérieur aura nui aux créanciers hypothécaires, peut-être même aux créanciers chirographaires du mari.

MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes que nous suivons sur ce point reconnaissent aux créanciers du mari le droit d'intervenir et de prouver : soit que les reprises de la femme ne sont pas suffisantes, soit qu'elles sont épuisées par des subrogations antérieures sur d'autres immeubles, afin soit d'écarter le subrogé, soit tout au moins de le réduire à une collocation simplement éventuelle.

On pourrait peut-être aussi, dans le même but, obliger le subrogé soit à consigner les fonds, soit à donner caution de leur restitution pour le cas où, par la suite, il arriverait que la subrogation à lui consentie ne pourrait produire d'effet utile.

III. Subrogation limitée à une quote-part.

Tout le monde est d'accord pour écarter ici l'application de l'article 1252 du Code civil et la maxime : *Nemo contra se subrogasse censetur*. Cette disposition est fondée sur la nature particulière de la subrogation par suite de paiement et ne saurait en conséquence être étendue à la subrogation dont nous nous occupons et qui n'a rien de commun avec elle que le nom.

La femme, par conséquent, ne prime donc pas le subrogé.

La question qui se pose, et que nous avons résolu précédemment dans une hypothèse analogue (subrogation à l'hypothèque garantissant une créance déterminée (troisième cas) est celle de savoir si le subrogé primera la femme ou viendra en concours avec elle. Il est impossible de faire une réponse unique. Ici, également, il faut distinguer selon que la femme a pris ou non un engagement personnel et, dans le premier cas, selon que le subrogé a pour adversaire la femme ou des ayants cause à titre particulier de cette dernière.

Si la femme n'a pas pris d'engagement personnel, elle doit concourir avec le subrogé. Dans cette hypothèse en effet, la femme ne s'est dépouillée de son hypothèque légale que pour partie suivant les termes mêmes de la convention. Le créancier et la femme exercent le même droit, mais pour des parts différentes. Si nous supposons par exemple que la femme ait 40,000 francs de reprises, que le prix de vente des immeubles du mari se soit élevé à 20,000 francs et qu'enfin la femme ait subrogé dans la moitié de son hypothèque légale, la femme et le subrogé se partageront les 20,000 francs et prendront chacun 10,000 francs.

Mais la solution ne serait plus la même si la femme avait pris un engagement personnel. Elle devrait alors laisser le subrogé prendre les 20,000 francs tant en vertu de l'article 1166 du Code civil que de la maxime : *Quem de evictione...*

Mais si, dans ce dernier cas, le subrogé se trouvait non plus en présence de la femme, mais d'autres créanciers de la femme, il serait réduit à sa collocation privilégiée de 10,000 francs. Pour le surplus, il serait obligé de venir en concours avec les autres créanciers. L'engagement personnel de la femme ne peut, au détriment des autres créanciers, créer un droit de préférence au profit de l'un d'eux.

De cette conception que le subrogé et la femme exercent des droits différents, il s'ensuit que nous ne sommes plus sous l'empire de la loi de 1855 et si la femme avait consenti des subrogations successives limitées à une part de ses droits hypothécaires, si, par exemple, elle avait subrogé trois créanciers chacun pour un tiers de son hypothèque légale, ces subrogés viendraient tous en concours. Il n'y aurait pas à tenir compte de la date de la publicité donnée à la subrogation.

Naturellement, dans cette solution comme dans les précédentes, nous réservons le cas où l'engagement de la femme devrait être considéré comme une renonciation *in favorem*. S'il en était ainsi, le subrogé au profit de qui cette renonciation serait intervenue jouirait d'une cause légitime de préférence qu'il pourrait opposer tant à la femme qu'à ses créanciers.

CHAPITRE II

EFFETS QUANT AU DROIT DE SUITE

En même temps que le droit de préférence, le subrogé a acquis le droit de suite, grâce auquel il peut suivre son gage aux mains des tiers détenteurs.

Le droit de suite frappe, en principe, comme le droit de préférence tous les immeubles soumis à la subrogation et frappe dès lors les conquêts aliénés par le mari avant la dissolution de la communauté.

Toutefois, le droit de suite ne s'exerce point sur les biens pour lesquels la seule transcription de l'aliénation le fait disparaître, en purgeant de plein droit toutes les hypothèques inscrites ou dispensées d'inscription (art. 717, C. pr. civ.). (Mérignhac *op. cit.*, p. 180.)

Nous étudierons donc les effets de la subrogation quant au droit de suite sur les immeubles qui n'en sont point ainsi affranchis. Or, quand un immeuble sort du patrimoine du mari, deux situations peuvent se présenter : ou bien le subrogé a rempli les formalités de la subrogation avant la transcription de la vente — ou bien il ne l'a remplie que dans le délai de la purge des hypothèques légales.

1^{er} cas : Le subrogé a rendu publique la subrogation avant la transcription de l'acte de vente.

Le subrogé est alors, à raison de l'hypothèque légale inscrite, traité comme tout créancier inscrit et jouit des mêmes droits. D'une part, il peut notifier au tiers acquéreur la sommation de payer ou de délaisser prescrite par l'article 2169 du Code civil. Cette sommation est d'ailleurs soumise aux règles du droit commun, c'est-à-dire qu'elle devra être fondée sur un titre authentique exécutoire et précédée d'un commandement au débiteur originaire. Ensuite, il exercera son droit de suite au moyen de la surenchère du dixième. Si d'autre part l'acqué-

reur veut recourir à la purge, ce dernier doit adresser au subrogé les notifications prescrites par les articles 2183 et 2184 du Code civil. Il ne faut pas oublier que le subrogé peut également être créancier hypothécaire. Les notifications précitées devront le saisir tant comme subrogé que comme créancier hypothécaire. Le tableau dressé en conformité de l'article 2183 du Code civil devra, en désignant le créancier, indiquer sa qualité de subrogé, le titre qui sert de base à la subrogation, la somme qu'elle garantit et la date de la publicité, afin que les créanciers antérieurement inscrits, mais non subrogés, étant avertis qu'il peut être colloqué avant eux, soient suffisamment éclairés sur le point de savoir s'ils doivent ou non surenchérir.

Le subrogé pourra alors exercer son droit de suite conformément à l'article 2185 du Code civil. Mais il lui faudra pour pouvoir surenchérir en sa qualité de subrogé, qu'il justifie que la femme a des créances à faire valoir contre son mari et que l'hypothèque légale qui les garantit, à raison de leur nature, en vertu de l'article 2135 du Code civil, a pris naissance avant la transcription de l'acte d'aliénation. Si, en effet, l'hypothèque légale n'avait pris naissance qu'après cette transcription, l'hypothèque n'aurait pu frapper cet immeuble sorti du patrimoine du mari et dès lors le subrogé ne pourrait plus exercer sur lui son droit de suite.

C'est ainsi qu'il a été décidé (Riom, 6 décembre 1848. S., 49, 2, 147) que la créance que la femme peut avoir contre son mari à raison de l'indemnité que lui doit celui-ci pour un engagement solidaire contracté avec lui, ne peut créer un droit hypothécaire « grevant un immeuble sorti des mains du mari plusieurs années avant que l'obligation ou la créance n'eussent pris naissance, sans heurter de front les dispositions de l'article 2135 du Code civil. »

A un autre point de vue, l'acquéreur d'un immeuble du mari, si le mari est débiteur de sa femme au moment de la vente, ne peut être contraint de payer son prix s'il n'a pas fait la purge légale. Ce paiement ne le dispenserait pas de payer une seconde fois, si la femme ou un subrogé exerçait contre lui son hypothèque légale.

La question, dans le cas où la femme a contre son mari des

reprises à exercer, n'offre aucune difficulté. Il est en effet certain que l'acquéreur est exposé au droit de suite, et qu'il a, d'autre part, le droit de retenir son prix tant qu'il n'a pas purgé. Il en serait de même si la femme, bien que ne possédant pas, lors de la vente, une créance certaine, liquide et exigible, avait contre son mari des créances indéterminées ou conditionnelles, soit par exemple qu'elle se soit obligée conjointement et solidairement avec lui pour une dette qui n'est pas acquittée, soit qu'elle ait stipulé des gains de survie. Là, encore pas d'embarras. La créance existe en germe. L'hypothèque légale frappe l'immeuble.

Mais la solution a été controversée dans le cas suivant : sans doute au moment de la vente la femme n'a pas de créances à faire valoir contre son mari, ni actuelles, ni même conditionnelles. Cependant, en vertu de l'article 2135 du Code civil, il est possible que la femme acquière par la suite une créance contre son mari, et une créance garantie par une hypothèque prenant rang au jour du mariage. Telle est, par exemple, sous le régime dotal, l'hypothèque légale garantissant la créance de la femme contre son mari à raison de la mauvaise administration de ses biens dotaux ou des dégradations dont ils sont l'objet. Ces éventualités suffisent-elles pour empêcher l'acquéreur de se libérer entre les mains du mari et l'obliger à consigner son prix jusqu'à ce que le montant des créances de la femme puisse être définitivement fixé ? Ou bien doit-on décider que le mari ne saurait être privé du droit de recevoir le prix de la vente par suite de l'éventualité de créances qui n'ont actuellement aucune base et peuvent ne jamais exister.

La Cour de cassation, dans l'hypothèse que nous venons d'indiquer, a bien décidé que l'hypothèque légale remontait au jour du mariage (Cassation 27 décembre 1859, S. 61, 1, 87). Mais cette décision, simple application de l'article 2135 du Code civil, se place dans l'hypothèse où les immeubles ne sont pas sortis des mains du mari : et alors, sur ces immeubles, l'hypothèque remonte au rang que lui assigne la loi. Or, dans la question ci-dessus posée, il s'agit d'immeubles aliénés par le mari avant que la femme puisse revendiquer une créance quelconque, sur lesquels, dès lors, elle ne peut réclamer une

hypothèque qui ne repose sur aucun droit, car sans principal, pas d'accessoire. Il n'est plus dans ce cas question de rang hypothécaire, mais de l'existence même de l'hypothèque.

La cour de Nancy qui a eu à se prononcer sur la question (22 mai 1869, P, 69, p. 974) adopte cette solution. La thèse contraire, fait-elle remarquer, « aurait pour conséquence indirecte, mais inévitable, de frapper tous les biens du mari d'une sorte d'inaliénabilité, l'aliénation ne présentant plus aucun intérêt et ne se réalisant pas, le jour où le maintien de l'inscription de l'hypothèque inquiéterait l'acheteur et l'autoriserait à ne pas verser son prix... Que le mari, propriétaire de nombreux immeubles, se verrait donc, depuis la célébration jusqu'à la dissolution du mariage, dans l'impuissance de faire de sa fortune un usage raisonnable et avantageux. » En effet, comme les reprises n'ont aucune base certaine qui puisse permettre au juge de les évaluer par avance, comme elles peuvent égaler ou dépasser le montant du prix, l'acheteur devrait conserver le prix d'achat ou le consigner intégralement. Ainsi le mari ne pourrait tirer plus d'argent de ses immeubles que s'ils étaient inaliénables.

M. Lyon-Caen, sous cet arrêt, examine théoriquement la question posée et distingue deux cas : en effet, deux situations très différentes peuvent se présenter : tantôt on peut affirmer, *a priori*, d'une façon certaine, que si la femme devient par la suite créancière du mari, son hypothèque légale ne prendra jamais rang qu'à une date postérieure à la vente. Tantôt, au contraire, on peut présumer que la femme acquerra contre son mari des créances pour lesquelles l'hypothèque légale prendra rang rétroactivement au jour du mariage. Pour exemples : dégradations commises sur l'immeuble dotal ou sur un propre possédé par la femme lors de son mariage, — créance fondée sur ce que le mari a reçu le prix de vente d'un immeuble dotal.

Dans le premier cas, qui était le cas posé devant la cour de Nancy (les deux époux dans l'espèce étaient mariés sous le régime de la communauté légale et la femme n'avait aucun patrimoine propre), la solution n'est pas douteuse. L'acquéreur peut payer son prix entre les mains du mari. En effet, l'hypothèque est un droit accessoire qui suppose nécessaire-

ment l'existence d'une créance qu'il garantit (art. 2184 C. civ.). L'hypothèque légale n'existant pas, à défaut de créance de la femme, ne peut empêcher le mari de se faire payer par l'acheteur. Sans doute, la femme peut, dans la suite, acquérir une créance, mais elle ne peut arguer de cette éventualité, car son hypothèque ne prendra rang qu'au jour de la naissance de la créance, c'est-à-dire à une époque où l'immeuble étant sorti du patrimoine du mari ne peut plus être frappé.

Dans le second cas, l'acheteur pourra-t-il également se libérer en payant son prix ? Non, disent MM. Aubry et Rau, car la femme est fondée à demander une collocation provisoire. La loi, en établissant l'hypothèque légale au profit de la femme mariée, a entendu garantir ses droits à naître comme ses droits déjà nés ; elle a voulu lui donner une sûreté aussi bien pour l'avenir que pour le passé. Or, cette garantie ne serait pas sérieuse, si le mari avait la faculté de l'anéantir par avance en aliénant ses immeubles. La rétroactivité que la loi, dans certains cas, accorde à l'hypothèque légale a dû précisément avoir pour but de remédier à ce danger en faisant considérer cette hypothèque comme née avant l'aliénation.

Quelle que soit l'autorité de MM. Aubry et Rau, même dans cette hypothèse, le système contraire nous paraît préférable. D'ailleurs, cette théorie vient toujours se heurter à la difficulté suivante : L'évaluation de créances éventuelles est chose impossible et, par suite, l'acheteur devra consigner son prix en totalité.

Sans doute, dans certains cas, l'hypothèque légale rétroagit au jour du mariage, mais cette rétroactivité ne peut se produire que quant aux immeubles dont le mari est encore propriétaire au moment où la femme devient sa créancière. Si l'hypothèque naît après la transcription de la vente elle ne peut se constituer sur l'immeuble vendu. Dès lors, comment pourrait-elle rétroagir ? Une hypothèque ne peut avoir de rang avant d'exister. *Prius est esse quam esse tale.* (Cf. Cassation 21 juillet 1847. D. 48, 1, 99.)

2^e cas : *Le subrogé s'inscrit après la transcription de l'acte d'aliénation, mais dans le délai de la purge des hypothèques légales.*

Ce délai est de deux mois et court à partir du jour de l'af-

fiche pour les personnes auxquelles des notifications individuelles ont été adressées ; du jour de la publication faite conformément à l'article 696 nouveau du Code de procédure civile, ou du jour du certificat délivré par le procureur de la République et attestant qu'il n'existe pas de journaux dans le département, pour les personnes qui ont été mises en demeure collectivement. Ce délai de deux mois ne peut recevoir augmentation à raison de la distance. On a cependant soutenu l'affirmative en se fondant sur l'article 1033 du Code de procédure civile. Cette opinion doit être rejetée. En effet, d'une part l'article 1033 a en vue les délais qui courent à partir des actes faits à personne et à domicile. Or, dans l'hypothèse de l'article 2194 du Code civil, le délai de deux mois court du jour de l'affichage de l'extrait de l'acte d'aliénation ; d'autre part, l'article 1033 prévoit les délais après lesquels on ne peut plus comparaître ou faire une signification d'actes, tandis que dans le cas prévu par l'article 2194 il s'agit d'un délai après lequel, faute d'inscription, il y a déchéance d'un droit réel, ce qui est tout différent. Ajoutons que l'article 2194 est général et absolu ; que si le législateur avait voulu que ces deux mois fussent augmentés dans certains cas, il l'aurait exprimé comme il l'a fait dans l'article 2185 du Code civil, et l'on comprend d'ailleurs que, dans une procédure qui requiert célérité, il ait fixé invariablement à deux mois le délai pour prendre inscription.

Ces points de détail tranchés, quelle est au point de vue du droit de suite la situation du subrogé ? Il a simplement les droits que peut invoquer la subrogeante puisque l'hypothèque légale garde ce caractère entre ses mains. La question revient donc à examiner quels sont les droits de la femme qui n'a pas inscrit son hypothèque avant la transcription de l'aliénation.

Deux cas peuvent se produire :

1° Aucune inscription n'est prise dans le délai de deux mois.

Aux termes de l'article 2195 du Code civil l'hypothèque légale est purgée. Tout droit de suite est éteint d'une façon définitive, selon la jurisprudence, quelles que soient les éventualités de l'avenir, alors même que le droit de l'acquéreur serait anéanti par l'accomplissement d'une condition résolutoire. (Montpellier, 4 mars 1841, S. 42, 2. 25, et sur pourvoi Requête rej., 14 avril 1847, S. 47, 1, 341) d'une clause de réméré (Gre-

noble, 17 février 1849, D. 51, 2, 235) par suite d'une surenchère (Grenoble, 15 février 1823. Dev. et Car. coll. nouv. VN. 2, 175) ou d'une revente sur folle enchère (Nîmes, 15 janvier 1861, sur pourvoi Civile) rej., 21 juillet 1863, D. 63, 1, 339.)

Toutefois la femme n'est pas entièrement déchue de son droit hypothécaire. Elle a conservé le droit de préférence sur le prix. Ce point, jadis controversé, est incontesté depuis la loi du 21 mai 1858, modifiant les articles 717 et 772 du Code de procédure civile. Mais cette loi subordonne à deux conditions la conservation du droit de préférence : 1° Un ordre doit être ouvert dans les trois mois qui suivent l'expiration du délai de la purge ; 2° le créancier à hypothèque légale doit produire à cet ordre dans le délai fixé par l'article 754 du Code de procédure civile.

2° L'inscription a été prise dans le délai de deux mois.

L'hypothèque légale est conservée avec toute son efficacité. Elle donne au créancier le droit d'être colloqué au rang assigné par l'article 2135 du Code civil. La femme peut exercer son droit de suite au moyen de la surenchère du dixième. On l'admet sans difficultés, sans quoi la femme serait exposée à toutes les fraudes et à toutes les dissimulations. Mais si l'on s'accorde sur ce point, une vive controverse s'est élevée au contraire sur la question de savoir dans quel délai et à quelles conditions doit avoir lieu l'exercice du droit de la surenchère.

Dans un premier système, l'acquéreur qui, pour purger l'immeuble des hypothèques légales non inscrites, remplit les formalités de l'article 2194 du Code civil, est encore obligé, dans le cas d'inscription pendant les deux mois, de la part des créanciers à hypothèque légale, de leur faire la notification indiquée par l'article 2183 du Code civil, s'il veut purger définitivement son acquisition, c'est-à-dire s'il veut mettre ses créanciers en demeure de surenchérir, le délai de quarante jours accordé à cet effet, aux créanciers inscrits, ne pouvant courir contre eux qu'à partir de cette notification, de même qu'ils ne pourraient surenchérir tant que la notification n'aurait pas eu lieu. Les formalités prescrites par l'article 2194 du Code civil n'ont point pour objet de constituer la femme en demeure de surenchérir ; il est même impossible de le supposer, puisque l'acquéreur se borne à signifier l'extrait du dépôt de son contrat,

sans notifier ni la transcription qu'il en a faite, ni le tableau des hypothèques inscrites, qui seul peut faire connaître si le créancier a ou non intérêt à former une surenchère. L'acquéreur ne fait d'ailleurs aucune offre et ne contracte aucun engagement ; il n'est même pas obligé à faire les fixations ou ventilations prescrites, pour le cas de surenchère, par l'article 2192 du Code civil ; d'où il suit qu'il serait impossible à la femme de surenchérir ou de le faire avec réflexion si l'acquéreur se bornait aux formalités prescrites par l'article 2194 du Code civil. Non seulement cet article ne prescrit pas contre la femme la déchéance du droit de surenchérir, mais il déclare au contraire que l'inscription par elle prise dans les deux mois aura le même effet que si elle eût eu lieu le jour du mariage : d'où il résulte que la femme, en prenant son inscription, rentre dans le droit commun et que l'acquéreur ne peut purger son hypothèque inscrite que suivant les formalités prescrites par les articles 2183 et suivants du Code civil. L'article 2195 du Code civil ne parle nullement de la surenchère et ne contient aucune expression d'où l'on puisse induire que la femme inscrite soit privée du droit de la former. La femme qui portera une surenchère sera obligée de se conformer aux règles prescrites par l'article 2185 du Code civil. et, de même, pour la constituer en demeure, il faut se conformer à l'article 2183 du même code. L'acquéreur a souvent intérêt à ne purger que les hypothèques non inscrites et, en ce cas, il peut se borner à transcrire son contrat et à l'exposer au tableau de l'auditoire. Ces formalités le tranquillisent à l'égard de tout créancier qui, ayant hypothèque ordinaire ou légale, négligerait de prendre inscription et ne donnerait point ouverture à surenchère : tel est l'esprit du Code dans les articles 2181, 2182 et 2195 du Code civil. Si l'acquéreur veut en outre purger son fonds des hypothèques inscrites, il doit faire à l'égard de tout créancier les notifications prescrites par l'article 2183 du Code civil et ce n'est qu'après avoir observé ces formalités, que, s'il n'est pas fait de surenchère, le prix de son contrat demeure irrévocablement fixé. L'article 775 du Code de procédure civile qui autorise le créancier le plus diligent à tenir l'état d'ordre après les trente jours qui suivent les délais prescrits par les articles 2185 et 2194 du Code civil, ne signifie rien autre chose, sinon

que les créanciers sont obligés d'attendre, pour faire tenir état, trente jours après que les deniers sont devenus disponibles, et qu'il suppose nécessairement que, dans le cas de l'article 2185 la surenchère n'aura pas lieu et dans le cas de l'article 2194 qu'il n'y aura pas eu d'inscription prise par la femme. (DURANTON, XX, n° 423. ZACHARIE MASSÉ et VERGÉ, V, § 836, texte et note 13, p. 370. ALLARD, *Revue pratique* 1875, t. XXXIX, p. 237.)

D'après un second système il faut accorder aux créanciers à hypothèque légale indépendamment des deux mois pour prendre inscription, aux termes de l'article 2195 du Code civil, un délai additionnel de quarante jours pour surenchérir, qui courra sans nouvelle notification. Ce système se heurte contre l'argument le plus sérieux de la jurisprudence à l'heure actuelle puisque le point de départ du délai accordé y est déterminé d'une manière arbitraire.

Enfin une troisième opinion décide que la femme doit à la fois s'inscrire et exercer son droit de suite au moyen de la surenchère dans le délai de deux mois fixé par l'article 2195 du Code civil. On reconnaît ainsi, en lui refusant tout nouveau délai, qu'il n'est pas nécessaire de procéder contre elle à une nouvelle purge des hypothèques inscrites, bien qu'elle n'ait pas été comprise dans la première à laquelle il a été procédé avant l'inscription de l'hypothèque légale. La jurisprudence admet cette opinion d'une façon à peu près unanime en se basant sur les considérations suivantes : deux chapitres séparés et distincts tracent les formalités de la purge des hypothèques : l'un a trait aux hypothèques inscrites, l'autre à celles dispensées d'inscription et non inscrites. Ces deux procédures se suffisent à elles-mêmes et n'ont rien à s'emprunter l'une à l'autre. Pour les hypothèques inscrites le délai de la surenchère court à partir des notifications, pour celles non inscrites ce délai court nécessairement à partir de l'affiche de l'extrait de l'acte d'acquisition dans l'auditoire du tribunal, vu qu'elle remplace la notification prescrite par l'article 2183 du Code civil. Les formalités de la purge des hypothèques légales dispensées d'inscription ont été copiées sur l'édit de 1771 d'après lequel le délai pour surenchérir se confondait avec celui qui était donné pour former opposition. (Art. 9 de l'édit de 1771.)

Enfin, cette opinion tire argument de l'article 2185 du Code civil lui-même qui distingue deux hypothèses : celle où il n'a pas été pris d'inscription, et celle au contraire où il en a été pris ; et qui décide que, dans ce dernier cas, l'acquéreur se libère valablement en payant son prix entre les mains des créanciers, suivant leur droit et leur rang. Qu'est-ce à dire, sinon que par l'expiration du délai de deux mois la purge est accomplie sous la condition de paiement du prix, que ce prix est définitivement fixé et que dès lors il n'y a pas lieu à surenchère. De nombreux auteurs adoptent également ce système (DALMBERT, *Purge des hypothèques*, n° 165. — AUBRY ET RAU, *loc. cit.* II, § 295, n° 14, et § 293 bis *in fine*, note 42, 2. — PONT, *Droit civil*, II, n° 1419. — BAUDRY, LACANTINERIE ET DE LOYNES, *Privilèges et hypothèques*, t. III, n° 2580. PLANIOL, *Droit civil*, t. II, n° 3346.)

Que décider après l'examen de cette controverse ? Un point nous semble certain, c'est qu'il ne faut point espérer un revirement de jurisprudence. Mais ce système doit-il s'imposer à nous ? Et s'il en est ainsi dans l'état actuel des textes, ne nous est-il pas permis, du moins, de le critiquer ? Sans doute avec ce système on évitera les frais et les lenteurs d'une seconde purge. Mais, selon nous, la première opinion est plus conforme à l'esprit général de notre loi. Comme l'a fait remarquer un auteur, l'article 2195 du Code civil n'impose aux créanciers à hypothèque légale occulte que la seule obligation de s'inscrire dans le délai qu'il fixe. La purge à laquelle il s'applique n'a qu'un but : faire apparaître l'inscription. Il ne statue pas sur les formalités qu'il faudra remplir, en ce qui concerne cette inscription lorsqu'elle aura été requise. Enfin, d'après le système de la jurisprudence, la femme non inscrite dans le délai de deux mois, conservant son droit de préférence, aura absolument le même droit que celle qui s'est inscrite.

« Il faudrait bien reconnaître, disent à ce sujet MM. Méri-gnhac, dont nous adoptons pleinement la manière de voir, que l'inscription doit produire en ce cas un effet quelconque : or, cet effet ne peut être que l'attribution du droit de suite, car l'avantage de la lettre chargée et de la sommation, que recevra dans l'ordre la femme qui s'est inscrite, constitue une formalité de procédure sans toucher au fond du droit.

Pour faire cesser les difficultés que cette question soulève, la loi n'aurait qu'à exiger, suivant le vœu émis par nombre de bons esprits, que l'acquéreur ne pût accomplir les formalités de la purge des hypothèques inscrites qu'après l'expiration des délais de la purge des hypothèques légales. Il lui serait ainsi permis de faire figurer sur le tableau prescrit dans la première procédure, ceux des créanciers à hypothèque légale qui auraient pris inscription : et la situation hypothécaire qui serait par lui présentée serait bien la situation définitive, puisque, pour tous, le cours des inscriptions se trouverait arrêté.

Nous devons cependant faire remarquer que cette solution ne saurait, même alors, avoir ce caractère au point de vue du droit de préférence. En effet, les bases du règlement fournies au créancier inscrit, dans le tableau, qui lui est notifié, peuvent être complètement changées si la femme qui ne peut y figurer dans aucun cas, lorsqu'elle ne s'est pas inscrite, vient ensuite prendre part à la distribution.

Il semble donc que l'organisation complète de la publicité en matière hypothécaire nécessite, outre l'obligation à imposer de purger les hypothèques légales avant les hypothèques inscrites, l'abrogation de la disposition législative qui conserve le droit de préférence à la femme non inscrite. Dès lors la situation hypothécaire présentée aux créanciers serait bien la situation définitive, puisque, dans l'ordre, le prix ne pourrait être attribué qu'à ceux à qui l'acquéreur l'avait offert dans la notification à fin de purge. » (*Op. cit.*, pp. 188, 189.)

Une situation analogue se présente quand la femme consent en faveur d'un acquéreur la renonciation à son hypothèque légale prévue et réglementée par la loi de 1889. On sait d'une part : que pour que cette renonciation soit opposable aux tiers il faut que l'acte d'aliénation soit transcrit, si la renonciation y est contenue, soit qu'il soit opéré une mention en marge de la transcription de l'acte d'aliénation si la renonciation est consentie par acte séparé : et par tiers pouvant invoquer le défaut de publicité, il faut entendre uniquement les créanciers de la femme subrogés à son hypothèque, car ceux-là seuls ont intérêt à faire tomber la renonciation consentie par la subrogeante, — d'autre part : que le subrogé n'est saisi, à l'égard

des tiers, de l'hypothèque légale que par la publicité qu'il donne à la subrogation.

Jusqu'à quel moment le subrogé pourra-t-il rendre sa subrogation publique vis-à-vis de l'acquéreur qui a obtenu la renonciation de la femme ?

La question est facile à résoudre en présence des termes de la loi de 1889 : « La renonciation vaut purge... » par conséquent après elle aucune inscription de subrogation ne pourrait utilement se produire. Mais, précise la loi, la renonciation ne vaut purge qu'à partir de la publicité donnée à la renonciation. Les subrogés pourront donc faire inscrire leur subrogation sur l'immeuble aliéné, malgré la renonciation, jusqu'au jour où l'acquéreur aura rendu cette renonciation publique, car jusque-là la purge n'est pas opérée.

Il ne nous reste plus, en ce qui concerne les effets de la subrogation à l'égard du subrogé relativement au droit de suite, qu'à examiner deux questions

1° L'inscription de la subrogation exigée par l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 est-elle soumise au renouvellement décennal ?

Sans doute le subrogé exerce l'hypothèque légale, sans doute cette hypothèque légale ne change pas de caractère entre ses mains, mais la dispense de publicité n'existe qu'au profit de la femme. La loi impose au subrogé la publicité. Il doit donc observer les règles du droit commun en matière hypothécaire et par conséquent conserver le rang de sa subrogation au moyen du renouvellement décennal.

2° La prescription de l'hypothèque légale court-elle au profit du tiers détenteur pendant la durée du mariage, quand cette hypothèque appartient à un tiers en vertu de la subrogation ?

La cour de Caen, le 26 juillet 1834 (*jurisp. de Caen*, t. II p. 398), a admis l'affirmative, se fondant sur ce que l'article 2256 du Code civil a été introduit en faveur de la femme à cause de l'inaction à laquelle l'oblige la nécessité d'user de ménagements envers son mari, et ne saurait être invoqué par des tiers dont aucune influence n'est présumée entraver la liberté.

Cette solution nous paraît inadmissible. La femme ne cède son hypothèque qu'éventuellement. Si le subrogé ne l'utilise pas, elle en recouvre l'exercice. Dès lors, de quelle utilité serait dans ce cas la prescription pour le tiers détenteur puisque

cette prescription n'a pu avoir lieu contre la femme ? D'autre part, nous avons établi que le subrogé ne pouvait exercer l'hypothèque légale qu'au moment où la femme le pouvait elle-même. Dès lors, nous ne voyons pas quel fondement on pourrait donner à cette prescription.

SECTION DEUXIÈME

Effets de la subrogation à l'égard de la femme.

CHAPITRE I

EFFETS QUANT AU DROIT DE PRÉFÉRENCE

La subrogation à l'hypothèque légale n'intervient, de la part de la femme, que comme garantie d'une dette principale. Le subrogé n'exerce la subrogation, comme toute autre sûreté, qu'à défaut de paiement. De là, deux sortes de situations peuvent se présenter : Le subrogé a exercé les droits de la femme ou il ne les a pas exercés.

1° Le subrogé n'a pas exercé les droits de la femme.

Nous commençons par ce cas, car il n'attire que des explications succinctes. La femme, par la convention, conserve la propriété de ses reprises. L'hypothèque qui les garantit n'ayant pas été mise en œuvre par le subrogé, elle en recouvre le libre exercice, comme s'il n'y avait pas eu de subrogation. Le contrat passé entre eux est considéré comme nul et non avenue. Une seule question peut se poser à ce sujet et encore touche-t-elle plutôt le droit de suite de la femme que son droit de préférence : Le subrogé aux termes de l'article 9 de la loi de 1855 a dû, si l'hypothèque légale de la femme n'était pas inscrite, requérir l'inscription de cette hypothèque. Cette inscription n'est-elle valable que pour le subrogé, ou produit-elle ses effets à l'égard de la femme ?

Une distinction admise unanimement par les auteurs et la jurisprudence s'impose. L'inscription a-t-elle été prise par le subrogé dans son intérêt exclusif ? Cet intérêt est la limite de l'efficacité de l'inscription. Si le subrogé n'a requis l'inscription de l'hypothèque légale de la femme qu'en sa qualité de

subrogé, cette inscription ne peut servir ni à la femme, ni à d'autres subrogés. La femme sera donc par conséquent obligée de s'inscrire soit dans le cas de l'article 2195 du Code civil, soit dans le cas de l'article 8 de la loi du 23 mars 1855, autrement elle compromettrait le sort de son hypothèque.

Si, au contraire, les termes du bordereau étaient généraux, si, au contraire, le subrogé a agi aux termes de l'article 2139 du Code civil sans que rien ne puisse indiquer qu'il n'agissait que dans son intérêt personnel, l'inscription alors prise par lui conserve l'hypothèque d'une manière absolue. Elle profite à la subrogeante. Et, selon certains auteurs (AUBRY et RAU, t. III, § 228 bis, p. 469), il n'est pas possible d'aller chercher, en dehors des énonciations de l'inscription, la preuve que le subrogé n'avait voulu la prendre que pour son profit personnel et non dans un sens général.

2° Le subrogé a exercé les droits de la femme.

Il s'agit, pour nous, de rechercher dans quelle mesure l'exercice par le subrogé des droits de la femme a diminué ceux de celle-ci. De même que pour le subrogé nous étudierons la question relativement au droit de suite et au droit de préférence. Il est un principe qui doit nous guider dans cette partie de notre étude : La femme n'a cédé que les droits qu'elle avait et tels qu'elle les avait. L'intervention et l'action du subrogé ne peuvent nuire ni au mari, ni à ses créanciers hypothécaires, ni aux tiers acquéreurs. D'autre part, la subrogation seule pouvant créer un droit de préférence, il n'y a que ceux en faveur de qui elle a été faite qui peuvent en profiter.

Lorsque la femme subroge un créancier dans les effets de son hypothèque légale, ce créancier a l'un ou l'autre des titres suivants :

Il est ou créancier de la femme, ou créancier d'un tiers, ou créancier du mari.

La situation, quant à la femme, varie suivant ces divers cas d'une manière absolue.

1. — *Le subrogé était créancier de la femme.*

Cette hypothèse n'exige que de courtes explications. La débitrice est libérée envers son créancier au moyen d'une dation en paiement, et, d'autre part, la réalisation de la subrogation, dans la mesure où elle se produit, a pour effet de faire

disparaître la créance de la femme contre son mari. Le mari a payé pour sa femme. Le résultat est la libération du mari envers sa femme dans la mesure du paiement effectué. L'opération revient en effet à ceci : La femme est censée avoir touché elle-même le montant de sa collocation pour le remettre au créancier. Un seul paiement a fait l'office de deux. Le créancier de la femme a touché ce qui lui était dû par celle-ci, et la femme est réputée avoir touché ce qui lui était dû par son mari. Elle ne peut réclamer ce qu'elle a reçu par l'intermédiaire de son ayant cause. La créance de la femme étant ainsi éteinte, il ne saurait être question pour elle d'un recours quelconque à raison de la subrogation réalisée. La perte de sa créance entraîne nécessairement la perte de son hypothèque légale dans la même proportion.

II. — Le subrogé était créancier d'un tiers.

Ce cas, quant au mari, se ramène au précédent. Les reprises de la femme ont servi à payer la dette d'autrui. Ses reprises et son hypothèque sont diminuées dans la proportion du paiement effectué. Mais la femme a contre le véritable débiteur les recours du droit commun. Les articles 1251, §, 3^e, 2028 2029, s'appliqueront dans ses rapports avec le subrogé.

III. — Le subrogé était créancier du mari.

C'est le cas le plus général et aussi le plus délicat. Ce que se propose la femme, en consentant une subrogation, c'est de reconstituer le crédit de son mari en soustrayant aux effets de l'hypothèque légale ceux qu'elle menace, ou mieux, en leur en transférant le bénéfice, le rang privilégié qui lui est attaché. Ce que se propose le créancier, ce n'est pas d'acquérir un droit de poursuite personnelle contre le mari, puisqu'il l'a déjà de son chef, c'est d'être substitué à la femme dans les avantages qui résultent pour elle de son hypothèque. C'est à ces deux fins que la femme autorise le créancier à faire valoir dans son intérêt exclusif l'hypothèque qu'elle aurait pu faire valoir elle-même. Pour déterminer les effets de l'exercice du droit à l'égard de la femme, il faut alors observer la qualité du créancier, rechercher s'il s'agit d'un créancier chirographaire ou d'un créancier hypothécaire et dans ce dernier cas tenir compte de l'étendue de l'hypothèque ainsi que des circonstances de la collocation.

a) Le subrogé est créancier chirographaire.

Pour éviter de venir au marc le franc avec les autres créanciers chirographaires, pour être payé par préférence, le créancier a besoin d'invoquer la subrogation et d'exercer le droit hypothécaire de la femme. En l'exerçant, il l'épuise dans la même mesure ; la femme perd, dans la mesure de la collocation, les droits attachés à son hypothèque ; c'est-à-dire : d'une part le droit de préférence, le bénéfice de son rang originaire à l'égard des créanciers antérieurs à la subrogation ; et, d'autre part, le droit de suite contre les tiers acquéreurs (Cassation, 11 février 1867, S. 67, 1, 101). De telle sorte que pour le recouvrement de ce qui lui était dû et lui est toujours dû, puisqu'elle paie la dette du mari, elle ne vient plus qu'en la qualité et au rang qu'avait le subrogé, c'est-à-dire dans l'espèce comme chirographaire. En touchant le montant de leurs collocations les subrogés n'ont éteint que leurs propres créances, ils n'ont pas éteint la créance de la femme. Cette créance de la femme va-t-elle rester chirographaire ? Le subrogé, créancier du mari, a été payé avec l'argent destiné à la femme, sur le consentement de celle-ci. Mais elle est restée créancière. Le mari est libéré d'autant envers son créancier, mais grâce à qui ? A la femme. Celle-ci a donc droit à une indemnité égale à cette dette dont elle l'a libéré. Elle a un recours contre son mari, recours de gestion d'affaires. Mais cette créance est hypothécaire aux termes de l'article 2135 du Code civil. Elle est garantie par une hypothèque légale, hypothèque qui prend rang à la date de la naissance de l'obligation de la femme, dans l'espèce, à la date de la subrogation. La femme aura donc un rang hypothécaire moins bon. Elle sera primée par les créanciers hypothécaires inscrits depuis la date de l'hypothèque légale exercée et avant la subrogation. Mais elle primera tous les créanciers hypothécaires inscrits depuis la subrogation. Il en sera de même pour les tiers acquéreurs selon que leurs titres d'acquisition auront été transcrits avant ou après la subrogation. Elle pourra exercer son droit de suite contre les derniers et non contre les premiers.

Ce que nous venons de dire du cas où le subrogé est un simple créancier chirographaire doit être étendu à l'hypothèse où la subrogation est exercée par un créancier à hypothèque

conventionnelle sur des immeubles autres que ceux qui lui étaient affectés, car sa situation, en ce qui concerne ces immeubles, est celle d'un simple créancier chirographaire.

b) Le subrogé est créancier hypothécaire et est colloqué grâce à la subrogation sur le prix des immeubles à lui conventionnellement affectés.

Il est évident, en effet, que nous devons nous placer dans l'hypothèse où ces créanciers ont eu besoin de leur subrogation respective pour se faire utilement colloquer. Si leur propre hypothèque conventionnelle leur assure un rang avant tous les autres créanciers du mari, s'ils priment par elle tous ces derniers sans avoir besoin de recourir à la subrogation, la subrogeante conservera tous ses droits puisque les subrogations par elle consenties seront inutilisées et non avenues.

Le subrogé, dans cette hypothèse, a, comme créancier du mari, un droit de poursuite personnelle ; comme subrogé, il peut se prévaloir pour être payé de ce qui lui est dû du rang que l'hypothèque légale assurait à la femme, au lieu de ne venir qu'au rang résultant de son titre particulier. Dans la mesure où il exerce la subrogation, il éteint donc le droit de la femme en l'exerçant. Par conséquent, la femme perd, jusqu'à concurrence de la somme attribuée au subrogé, le rang qui lui appartenait, et son droit de préférence à l'égard des créanciers hypothécaires du mari dont les hypothèques étaient préférables à l'hypothèque conventionnelle du subrogé... Un créancier ne peut en effet faire profiter un tiers de son hypothèque et la conserver en même temps pour lui.

Mais, de même que dans le cas précédent, la femme, qui a payé pour son mari, aura à la date de la subrogation l'hypothèque légale de l'article 2135 du Code civil.

Indépendamment de cette hypothèque légale, la femme peut aussi jouir du droit commun de l'article 1251, 3°, du Code civil. Il n'y a pas de difficultés dans le cas où la femme s'est obligée avec le mari dans l'acte de subrogation. Elle est alors tenue avec un autre du paiement de la dette et elle l'a acquittée avec ses reprises. Elle doit donc être subrogée légalement dans les droits du créancier payé. C'est la véritable subrogation du Code civil qui succède à une autre subrogation, la subrogation de la loi du 23 mars 1855 (art. 9). Mais la question est plus dé-

licate si la femme n'a point pris d'engagement personnel. En effet, elle n'est point tenue avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette et l'article 1251 du Code civil exige cette condition. Mais, si l'on n'est pas dans la lettre du texte, on est dans son esprit et la subrogation légale doit être admise. La jurisprudence est constante sur ce point. Elle admet « qu'il n'est pas nécessaire, en effet, dans le sens de l'article 1251 du Code civil, d'être tenu directement et personnellement : ce qui est démontré par cet article même dans celle de ses dispositions qui accorde la subrogation légale au tiers détenteur payant en cette qualité ; qu'il n'est pas nécessaire, non plus, d'être passible de poursuites directes, ce que la loi n'exige nulle part ; qu'il suffit pour que le tiers soit considéré comme tenu de la dette, que cette dette doive, dans certains cas donnés, être payée à ses dépens. » (Cassation 30 décembre 1844, S, 45, 1, 367.

La subrogeante, restée créancière, a donc pour sûreté de son paiement deux garanties : l'hypothèque légale de l'article 2135 et l'hypothèque conventionnelle du subrogé ? Quels avantages particuliers lui offrent chacune de ces garanties ? On ne le voit pas de prime abord bien nettement. Car, en général, la subrogation à l'hypothèque légale est consentie en même temps que l'obligation contenant affectation hypothécaire. Par conséquent, presque toujours l'hypothèque conventionnelle du subrogé aura la même date que l'hypothèque légale de l'article 2135 du Code civil. Quel intérêt peut donc présenter pour la femme la possession de cette double sûreté ?

Comparons et voyons d'abord les avantages conférés par l'article 1251 du Code civil.

1° Le créancier subrogé pouvait avoir d'autres garanties, par exemple des débiteurs solidaires, des cautions, des hypothèques sur les immeubles d'un tiers. La femme y sera donc subrogée et l'on voit l'utilité pour elle de ces garanties si les immeubles du mari sont insuffisants ou déjà grevés d'hypothèques de telle sorte que l'hypothèque légale de l'article 2135 du Code civil ne puisse pas les atteindre utilement.

2° L'hypothèque du créancier sur les immeubles du mari peut avoir un rang préférable à celui de l'hypothèque légale garantissant le recours de la femme. Nous avons dit que le

cas était rare, mais il se peut néanmoins que la femme ait subrogé le créancier du mari postérieurement à la constitution et à l'inscription d'une hypothèque conventionnelle concédée par le mari au même créancier. De là une différence de rang, et possibilité pour la femme de primer un créancier hypothécaire inscrit entre la date de l'obligation et celle de la subrogation.

3° Abstraction faite des garanties accessoires et de la diversité des rangs, l'hypothèque légale peut être perdue faute d'inscription au profit de la femme dans les cas des articles 2195 du Code civil et 8 de la loi du 23 mars 1855. L'hypothèque conventionnelle inscrite par le créancier remplacera pour la femme la garantie perdue.

A l'inverse l'hypothèque de l'article 2135 du Code civil est supérieure à l'autre sur certains points, par exemple :

1° Elle est générale, tandis que l'hypothèque conventionnelle est presque toujours spéciale ;

2° L'hypothèque légale est dispensée d'inscription, en général, du moins. L'hypothèque conventionnelle est toujours soumise à la publicité, au renouvellement décennal. Si l'on a oublié de renouveler l'inscription de l'hypothèque conventionnelle, elle est périmée. (Art. 2154 C. civ.). Mais l'article 8 de la loi du 23 mars 1855 protège encore l'hypothèque légale : il sera toujours temps de l'inscrire, bien que, tardivement inscrite, elle perde une partie de sa force.

La femme a donc intérêt à cumuler les deux bénéfices de la subrogation légale et de l'hypothèque légale. Elle profitera de l'une ou de l'autre suivant les circonstances, mais, bien entendu, elle ne saurait les cumuler. Il est évident qu'elle ne pourra se faire colloquer en vertu de ces deux hypothèques à la fois, elle devra opter pour l'une ou pour l'autre.

En toute hypothèse donc, relativement à ses reprises, la femme ne saurait jamais demeurer simple créancière chirographaire du mari, par le fait des subrogations qu'elle consent dans l'intérêt de ce dernier. Peut-être, à raison de ces conventions, le paiement de ses droits sera retardé, compromis même, mais dès qu'il pourra s'effectuer sur le prix d'un immeuble du mari, il interviendra au moyen d'une hypothèque.

D'autre part, la femme ne nuit ni au mari, ni aux créanciers intermédiaires et on ne peut dire qu'en exerçant l'hypo-

thèque conventionnelle du subrogé elle fait produire à l'hypothèque légale un double effet : quelle est la situation ? Supposons la femme créancière, première en rang d'hypothèque, — plusieurs créanciers hypothécaires. — *Primus*, subrogé. Enfin d'autres créanciers hypothécaires. S'il n'y avait pas eu subrogation, la femme aurait été colloquée au premier rang et *Primus* à son rang. Par conséquent, la femme, sans léser les droits des créanciers intermédiaires, peut obtenir ce que *Primus* aurait lui-même obtenu. Pour deux collocations on se trouve en présence de deux hypothèques. Les créanciers ayant rang entre la subrogeante et le subrogé auraient seuls le droit de se plaindre si la femme obtenait collocation avant eux ; mais nous venons de voir qu'ils doivent être colloqués avant elle. C'est le point essentiel, et c'est ce dont se préoccupent avec raison les arrêts rendus sur la matière. (Cassation, 17 avril 1832, P, 32, 970. Paris 27 mai 1848, P. 48, 2, 258.)

Jusqu'à présent nous ne nous sommes pas occupés du point suivant : La subrogation, dans son exercice, a-t-elle épuisé tous les droits de la subrogeante ? Si oui, la femme ne pourra obtenir son paiement qu'au moyen des garanties précitées. Si, au contraire, l'exercice de la subrogation n'a pas absorbé toutes ses reprises, la subrogeante aura le droit de se faire colloquer, pour ce qui restera d'inutilisé par le subrogé, au rang de sa propre hypothèque légale, soit dans l'ordre ouvert, soit dans tous les ordres ultérieurs. (Cassation, 11 février 1867, D. 67, 1, 465 et note de M. Beudant.)

Il y a néanmoins dans ce résultat de la subrogation un fait bizarre qui se produit : La femme peut toujours se faire colloquer au rang de l'hypothèque légale de l'article 2135 du Code civil. Elle peut subroger de nouveau à cette hypothèque, acquérir une autre hypothèque légale et ainsi de suite. L'hypothèque légale garantit ainsi un nombre illimité de fois le paiement des reprises, et elle produit véritablement un effet qu'elle ne devrait produire normalement qu'une fois. Mais, comme le fait observer M. Beudant (note précitée), il n'est pas possible d'échapper à ces conséquences. « Que la femme acquière une hypothèque légale en vertu de l'art. 2135, ce n'est pas douteux ; qu'elle puisse subroger à cette hypothèque comme à celle qui garantissait le paiement des reprises, rien n'autorise à en douter ; »

et nous en verrons un cas intéressant dans l'hypothèse de la faillite du mari.

Toutefois, il ne faut pas exagérer la portée de l'article 2135 du Code civil. La garantie qu'il attribue à la femme ne peut être utilisée par elle avec son effet rétroactif que tout autant que sa créance est exigible. Or, la femme n'a pas contre le mari une créance exigible par le seul fait de son engagement, car tout droit s'évanouit pour elle si celui-ci acquitte la dette. Elle n'aura une créance exigible que si elle a été obligée de payer. La femme, dans le cas de subrogation, ne devra être colloquée que si le subrogé a obtenu son paiement en cette qualité et dans la mesure où il l'a obtenu. En dehors de ces conditions le fait seul de la subrogation concédée serait insuffisant pour lui permettre de mettre en action l'hypothèque légale de l'article 2135 du Code civil.

Mais, on le sait, la femme qui s'oblige pour les affaires de la communauté ou du mari n'est réputée, à l'égard de celui-ci, s'être engagée que comme caution (art. 1431 C. civ.). Dès lors, il faut lui appliquer dans ses rapports avec son mari les principes du cautionnement et décider que lorsqu'un des événements prévus par l'article 2032 du Code civil se réalise, elle peut agir immédiatement contre lui, avant d'avoir payé. Dans les hypothèses prévues par cet article elle est investie d'une créance actuellement exigible à raison de laquelle elle pourra exercer ses droits hypothécaires bien que la subrogation n'ait pas été effectivement réalisée. (MERIGNHAC, *op. cit.*, pp. 196. 197.)

Si cette solution est incontestée quand la femme s'engage avant que l'un des événements prévus par l'article 2032 du Code civil se réalise, la question est controversée quand l'obligation et la subrogation consenties par la femme sont toutes deux postérieures à l'une des situations prévues par cet article.

Une question pratique, dans le cas de la faillite, visée par le § 2 de cet article, a donné naissance à une vive controverse. Voici l'hypothèse : l'article 446 du Code de commerce prononce la nullité des constitutions d'hypothèques consenties pendant la période suspecte, mais il est admis que cet article ne vise pas les hypothèques légales. Un commerçant, en état de cessation de paiements, consent une hypothèque en faveur

d'un de ses créanciers. Cette hypothèque tombe. Mais la femme s'est obligée solidairement avec le mari et a subrogé le créancier à son hypothèque légale. La femme a-t-elle, pour l'indemniser de ce que son mari lui doit, une hypothèque légale née le jour du contrat et garantissant une créance rendue exigible par la faillite (art. 2032 C. civ.) et cette hypothèque pourra-t-elle être opposée à la masse soit par la femme, soit par le subrogé ? En tout cas, la subrogation concédée est-elle valable dans les rapports de la femme et du subrogé et celui-ci peut-il se faire colloquer à raison des autres reprises de la femme ?

Jamais controverse plus vive ne s'est élevée que sur ce point. Jamais on ne vit tant de solutions basées sur tant d'arguments tirés d'articles différents. Cela tient à ce que l'égalité entre créanciers étant un des principes de la faillite, on a voulu à toute force éviter les conséquences d'un acte qui tend à rompre cette égalité au profit de l'un d'eux.

Quelle est la portée exacte de l'article 446 du Code de commerce ? « Sont nuls et sans effet, relativement à la masse.. toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire constituée sur les biens du débiteur, pendant l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque, pour dettes antérieurement contractées. » L'article ne vise donc point les hypothèques légales et leur est par suite inapplicable, car ses dispositions essentiellement restrictives ne peuvent être étendues par voie d'interprétation. La convention passée par la femme fera naître une hypothèque légale à son profit et l'on ne saurait l'annuler en vertu de cet article. La cour de Nancy cependant a voulu l'appliquer en disant qu'il s'agissait d'une hypothèque en quelque sorte mixte par cela même qu'elle se rattache à des actes volontaires. (4 août 1860, P, 61, 813. — 10 août 1875, P, 73, 974.) Elle insistait sur le danger qu'il y avait de ne pas appliquer cet article : le mari fait indirectement ce qu'il ne peut faire directement. Sans doute cette préoccupation est légitime, mais il est exagéré de voir dans l'hypothèque légale une sorte d'hypothèque conventionnelle : quelle que soit son origine, elle n'en est pas moins qualifiée de légale par la loi. La Cour de Nancy a d'ailleurs abandonné sa jurisprudence ancienne par un arrêt du 19 mars 1879 P. 79, 564).

Mais si l'hypothèque légale ne saurait être déclarée inefficace en vertu de l'article 446 du Code de commerce, la masse des créanciers n'a-t-elle pas la ressource de l'article 447 du même code ? « Tous autres paiements faits par le débiteur pour dettes échues et tous autres actes à titre onéreux par lui passés après la cessation de ses paiements et avant le jugement déclaratif de faillite, pourront être annulés si, de la part de ceux qui ont reçu du débiteur ou qui ont traité avec lui, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation des paiements. » Cet article a, comme on le voit, une portée très générale.

La jurisprudence admet l'application de l'article 447 pourvu que l'acte ait été inspiré par une pensée de fraude. La déclaration d'inefficacité de l'hypothèque est facultative pour le juge et se limite expressément aux intérêts de la masse, en sorte que ses dispositions sont sans application au règlement des rapports de la femme du failli et des créanciers envers lesquels elle s'est engagée. « Le subrogé pourra parfaitement appliquer le bénéfice de la subrogation aux effets de l'hypothèque légale garantissant les reprises autres que celles naissant du fait de l'engagement contracté pendant la période suspecte. » (Paris 8 juin 1882, *Journal des faillites*, 1882, p. 599). Et d'autre part la femme prendra le dividende acquis au subrogé et fera valoir son hypothèque légale garantissant l'indemnité à elle due à raison dudit engagement, sur les biens que le mari revenu à meilleure fortune pourra ensuite acquérir.

Une grande partie de la doctrine suit cette jurisprudence et scinde en deux l'opération. L'acte est valable dans les rapports de la femme, du mari et du subrogé : mais la masse écarte toute collocation que ce dernier prétendrait exercer à son préjudice en vertu de l'hypothèque légale garantissant l'indemnité due à raison de l'obligation de la femme et rendue exigible par la faillite. Ce système n'établit pas la moindre corrélation entre l'obligation de la femme et l'efficacité du recours que la loi aura accordé à la femme sur les biens du mari. S'il en était autrement, a-t-on dit, une femme, même très riche, ne pourrait intervenir, car son obligation resterait non avenue par suite du défaut de recours contre le mari. (Cf. la note de M. Labbé, P, 1881, pp. 1025 et s. BERDANT, note D, 69, 1, 6.

AUBRY et RAU, t. III, § 264 *ter*, texte et note 27, p. 381. LYON-CÆN et RENAULT, *droit commercial*, t. VIII, p. 315.).

Cette jurisprudence ajoute à l'article 447 la condition de fraude, tandis que cet article n'exige que la connaissance de la cessation des paiements du débiteur chez ceux qui traitent avec lui pendant la période suspecte. Or, comme le font remarquer MM. Mérignhac, « la subrogation requise et concédée dans cette période sera en général par elle-même une preuve suffisante que les parties avaient cette connaissance au moment du contrat. Ainsi on aboutit à cette conséquence extrêmement grave que l'article 447, au lieu de constituer une exception pour la femme, tracera à son égard une règle à peu près générale ; elle verra presque toujours son hypothèque annulée de ce chef. On est donc en opposition formelle avec l'article 2121 du Code civil qui lui attribue hypothèque pour tous droits et créances contre son mari. Il est vrai que la jurisprudence, en vertu du pouvoir d'appréciation donné au juge, limite ordinairement la portée d'application de l'article 447 du Code de commerce au cas où, il y a fraude et mauvaise foi. (Cassation, 9 décembre 1868 D. 69, 1, 5.). Le texte devenant alors une hypothèse particulière d'action Paulienne appliquée à la faillite rentre dans les données générales de l'article 1167 du Code civil. Mais il n'en est pas moins vrai qu'en présence du pouvoir d'appréciation absolu à eux conféré par le caractère facultatif de l'article 447 du Code de commerce, les magistrats sont parfaitement autorisés à annuler l'hypothèque, en tant que nuisant à la masse, au cas où il y aurait eu simple connaissance de la cessation des paiements. » (*Op. cit.*, pp. 201, 202.). C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation dit expressément que l'article 447 précité peut être appliqué par les tribunaux au cas de simple connaissance de la cessation des paiements, sans que son application se limite au cas de mauvaise foi. (30 décembre 1856, D. 57, 1, 203, *Id.* Cassation, 18 avril 1887, P. 87, 2, 165.)

En effet, quel que soit le succès de cette théorie de la jurisprudence, il nous semble que c'est violenter l'article 447 du Code de commerce que lui donner cette interprétation. Cet article parle des actes passés par le débiteur, des personnes qui ont traité avec le débiteur. Voilà donc les actes qu'il permet d'annuler : ceux émanant du débiteur lui-même : « Et par là,

— nous laissons encore la parole à MM. Mérignhac qui, sur ce point, nous ont paru avoir émis la seule doctrine conforme aux textes, sans se laisser influencer par cette idée que l'égalité dans la faillite doit être la règle des rapports entre créanciers et qui, par conséquent, n'ont pas tenté de faire édicter à des textes des déchéances qu'ils ne prononcent pas, — il est en harmonie parfaite avec l'article 446 du même code qui prévoit le même cas et dont il est le complément. Les deux textes donnent ainsi un tout parfait, d'autant plus satisfaisant, qu'en matière d'action Paulienne, il n'est jamais question que des actes passés par le débiteur, dont il a pris l'initiative et non de ceux auxquels il a été simplement partie. Comment donc appliquer l'article 447 du Code de commerce à un cas où l'acte émane directement de la femme alors que le texte doit être interprété restrictivement comme l'article 446 et comme tous les autres textes édictant des nullités ? En admettant, du reste, que l'article 447 concerne le cas qui nous occupe, il conduirait, suivant nous, à une solution toute différente de celle admise par la jurisprudence. En effet, qui permettrait d'annuler, le cas échéant, cet article ? Est-ce la constitution de l'hypothèque légale ? Nullement, car il parle des actes à titre onéreux postérieurs à la cessation des paiements. En le supposant applicable, il frapperait donc de nullité l'acte tout entier d'où l'hypothèque légale tire sa raison d'être, l'acte qui lui donne naissance, c'est-à-dire l'engagement contenant la subrogation.

Et par là on se rend compte que, si l'hypothèque légale doit disparaître, c'est à raison de l'annulation de l'engagement qui l'avait produite, en sorte que tout est annulé, principal et accessoire. Il n'est pas permis de décomposer l'opération et de maintenir l'obligation seule, puisque alors le texte fait complètement défaut. En réalité, l'hypothèque constitue la condition de l'engagement pris par la femme ; elle forme avec cet engagement un tout indivisible ; ils doivent avoir le même sort ; si elle est anéantie, l'engagement s'efface avec elle.

L'indivisibilité, que nous venons d'établir au point de vue du texte, est, croyons-nous, conforme à l'intention des parties dont on méconnaîtrait la volonté en conservant l'obligation et la subrogation (cette dernière en tant que ne nuisant pas à la masse), tout en faisant disparaître l'hypothèque. Comment

séparer l'engagement de la femme de sa garantie, alors qu'elle ne peut consentir, en contractant, à n'avoir pas d'hypothèque ? La déclaration expresse de la femme faite en ce sens dans un acte formel serait inopérante ; celle-ci ne saurait dès lors effectuer tacitement ce qu'elle ne pourrait faire expressément. Il ne faut pas oublier, d'autre part, qu'on est dans la période de faillite, où la loi se préoccupe, avec un soin jaloux et excessif peut-être, mais bien caractéristique de ses intentions, de la conservation des droits de la femme. Pour nous, soit dans cette période, soit en dehors, il n'est pas possible que l'engagement d'une femme mariée ne corresponde point à une hypothèque ; les articles 2121 et 2135 sont absolument généraux, ne comportent aucune réserve. Il faudrait pour qu'il en fût différemment dans notre cas, un texte formel qui n'existe pas : au contraire, l'article 446 du Code de commerce, le seul qui se préoccupe de la question des hypothèques, garde, au sujet des hypothèques légales, un silence calculé. Il y a contradiction, du reste, à priver la femme de son hypothèque légale vis-à-vis de la masse et à l'autoriser à l'exercer sur les biens de son mari revenu à meilleure fortune. Permettre à la femme de faire valoir plus tard son hypothèque, c'est évidemment reconnaître que cette garantie naît à raison de l'engagement et du jour du contrat qui le contient. Or, si elle naît à partir de ce jour, elle produit dès ce moment ses effets ; et le subrogé, agissant en vertu de la reprise de la subrogeante, doit obtenir collocation à cette date contre la masse. » (*Op. cit.*, pp. 202 et ss.)

Un certain nombre d'auteurs, suivis dans leurs doctrines particulières par un certain nombre d'arrêts, ont admis, comme nous venons de le faire par la plume de MM. Mérignhac, le lien indivisible entre l'engagement de la femme et l'hypothèque légale. Mais ils ont essayé de démontrer que l'opération toute entière devait être annulée.

C'est ainsi que M. Coin-Delisle (*Revue critique* 1853, p. 225) a soutenu que l'obligation de la femme est nulle, comme contractée pendant la période suspecte avec l'autorisation de son mari qui ne pouvait plus valablement l'autoriser. (Dans ce sens, Nancy, 4 août 1860 et 10 août 1875 précités). Ceci constitue une erreur manifeste. Le jugement déclaratif de faillite n'enlève pas au mari la puissance maritale qu'il tient du

mariage et qui ne saurait être atteinte que par un texte formel qui n'existe pas ; au surplus, comme le fait observer M. Demolombe (*Du mariage*, II, n° 334 et s.), l'intérêt que peut avoir le mari dans un contrat passé par sa femme ne lui enlève pas le droit de l'autoriser.

M. Bédarride (*Traité des faillites*, 4^e éd., t. I, p. 212) a cherché à justifier la nullité du cautionnement par une autre raison. Il invoque l'article 598 du Code de commerce qui prononce la nullité « à l'égard de toutes personnes, et même à l'égard du failli. » (598) « de tous traités particuliers faits soit avec le failli, soit avec d'autres personnes par un créancier, s'il en résulte en sa faveur un avantage à la charge de l'actif du failli. » (Art. 597 C. civ.). On peut conclure de ce texte, dit-il, que non seulement l'hypothèque légale ne peut prendre naissance, mais que même l'engagement et la subrogation consentis par la femme tombent. Cette disposition est loin de s'appliquer à tous les actes faits pendant la période suspecte. Autrement, elle serait inconciliable avec les articles 446 et 447 du même code. Ces articles établissent des nullités relatives, c'est-à-dire qui ne peuvent être invoquées que par la masse des créanciers. La nullité de l'article 598 est une nullité absolue dont peut se prévaloir toute personne y ayant intérêt. D'autre part, cet article édicte des pénalités — emprisonnement et amende, — qui ne semblent guère applicables à un acte, qui ne permettrait même pas généralement, d'intenter une action basée sur l'article 1382 du Code civil.

Quelques variantes de cette théorie se sont produites. M. Beudant, dans sa *Note au Dalloz*, 69, I, 6, applique bien les articles 597 et 598 du Code de commerce, seulement il les limite à la nullité de l'hypothèque et laisse subsister l'obligation de la femme et la subrogation, en tant que la masse n'est pas lésée. C'est une interprétation beaucoup trop large du texte. C'est distinguer là où le texte ne distingue pas et annule l'opération toute entière.

Une opinion toute différente a été récemment défendue par MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes (*op. cit.*, n° 995). Non seulement l'obligation de la femme est valable et la subrogation n'est pas nulle de plein droit en vertu de l'article 446 du Code de commerce, mais cette opération ne peut même pas

être annulée en vertu de l'article 447. En effet, l'article 447 ne s'applique qu'aux actes passés par le failli ; le cautionnement de la femme n'est pas un acte de son mari, le débiteur principal, et il en est de même de la subrogation. Les créanciers ne sont protégés que par les principes du droit commun. L'opération grâce à laquelle un créancier obtient, par voie de subrogation, l'hypothèque légale de la femme est illicite par cela même qu'elle rompt l'égalité ; elle cause aux créanciers de la masse un préjudice ; le créancier qui en est le bénéficiaire et la femme qui a coopéré à l'acte doivent la réparation du préjudice causé s'ils ont connu la situation du mari. C'est là une application de l'article 1382 du Code civil. Si le créancier subrogé est de mauvaise foi le préjudice sera réparé par l'annulation de l'hypothèque ; si la femme seule est de mauvaise foi, elle sera privée de son hypothèque pour garantir son recours contre son mari après avoir payé le créancier.

M. Lyon-Caen présenta l'objection suivante : que, sans doute, le principe de l'article 1382 du Code civil n'est pas sans application aux actes pouvant nuire aux créanciers et faits pendant la période suspecte. Mais comme on ne saurait dire qu'il y a une obligation stricte pour chacun des créanciers d'un commerçant de ne rien faire qui puisse le placer dans une situation meilleure que celle des autres créanciers, il paraît difficile de leur permettre d'invoquer l'article 1382 du Code civil, en dehors des cas où il y a eu fraude caractérisée, tandis que la seule connaissance de la simple cessation des paiements suffit pour permettre de prononcer la nullité en vertu de l'article 447 du Code de commerce.

MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes répondirent que l'article 1382 embrasse dans sa généralité tous les actes illicites, et un acte est illicite du moment où l'on se propose la réalisation d'un résultat que la loi défend d'atteindre directement. Or, il est évident à ce point de vue que tout acte tendant à rompre, au profit d'un créancier et au détriment de la masse, l'égalité, qui est le principe en matière de faillite, est contraire aux intentions les plus certaines du législateur. S'il y avait fraude caractérisée, ce seraient plutôt les articles 557 et 558 du Code de commerce qu'il y aurait lieu d'appliquer, pourvu

d'ailleurs que les circonstances et en particulier la date de la convention le permettent.

Les éminents auteurs qui proposent cette solution déclarent eux-mêmes ne la présenter qu'avec beaucoup d'hésitation et parce qu'ils croient impossible d'appliquer à ce cas, avec la jurisprudence, l'article 447 du Code de commerce. Or, il semble vraiment étrange, alors que le Code de commerce s'est occupé des hypothèques constituées pendant la période suspecte (art. 446 C. civ.), d'être obligé d'aller chercher la solution dans l'article 1382 du Code civil. L'objection de M. Lyon-Caen reste d'ailleurs intacte et décisive contre cette théorie.

Quelle solution allons-nous donner à la question ? Nous avons successivement écarté les articles 446, 447, 597, 598 du Code de commerce, 1382 du Code civil. Nous partageons entièrement l'opinion de MM. Mérygnac (*op. cit.*, p. 208) et nous sommes convaincus qu'en l'état actuel du droit aucun texte des lois commerciales ou civiles ne prévoit notre hypothèse. La lacune est dans l'article 446 du Code de commerce : « Le texte aurait dû annuler, à l'exemple des hypothèques judiciaires et conventionnelles, les hypothèques légales provenant d'un fait volontaire, d'un acte émané de la femme durant la période de la faillite, dont le but est de détruire l'égalité entre les créanciers. » Sans doute cette lacune est regrettable car l'égalité est la loi de la faillite. C'est à cette considération qu'obéit la jurisprudence. Au point de vue pratique elle est certainement dans le vrai ; mais au point de vue théorique, tant que les textes n'auront pas été modifiés, il ne convient pas d'étendre, par voie d'analogie, des textes qui résistent absolument à l'interprétation qu'on veut leur donner et il ne faut pas hésiter à considérer comme valables et l'engagement de la femme et la subrogation.

Nous avons examiné les cas de conflits qui peuvent se produire entre la femme et le subrogé. Nous n'y reviendrons pas.

Il nous reste une question à examiner. La femme subrogeante, avons-nous dit précédemment, lorsque le créancier a exercé la subrogation, se trouve légalement subrogée (art. 1252 C. civ.) à l'hypothèque conventionnelle de celui-ci et peut obtenir collocation au rang de cette hypothèque à la place du-

dit créancier. Ce créancier, pour pouvoir utiliser la subrogation, est-il obligé d'entretenir sa propre hypothèque ? Sinon, la femme ne peut-elle se déclarer libérée à son égard ou obtenir une indemnité ?

La solution à donner à cette question dépend de l'interprétation de l'engagement de la femme.

A-t-elle subrogé purement et simplement ? Elle ne saurait invoquer le bénéfice de l'article 2037 du Code civil. Car, si aux termes de l'article 1431 du même code, la femme est réputée caution, elle ne l'est que vis-à-vis du mari. Dès lors, ne pouvant invoquer l'article 2037, la femme ne saurait prétendre qu'en subrogeant elle a eu en vue l'hypothèque conventionnelle du subrogé.

Mais si l'engagement de la femme avait été formellement pris à titre de caution, alors l'article 2037 du Code civil s'appliquerait et la femme pourrait opposer au subrogé l'*exceptio cedendarum actionum*. C'est en considérant ainsi l'engagement de la femme que la cour de Riom a rendu son arrêt du 3 août 1863 (S. 63, 2, 171), confirmé par cassation, 9 août 1865 (S. 65, 1, 447, dans le même sens. Aix, 8 avril 1892 (S. 92, 2, 145).

CHAPITRE II

EFFETS QUANT AU DROIT DE SUITE

Les problèmes qui se posent à ce sujet ne sont plus, au point où nous en sommes arrivés, bien difficiles à résoudre. Néanmoins il faut distinguer soigneusement plusieurs situations dans lesquelles la solution varie. Mais une fois ces grands points résolus, les questions de détail sont simples et découlent des principes.

I. — Le subrogé a utilisé la subrogation.

Deux cas peuvent se présenter : le subrogé a épuisé les droits de la femme ou il ne les a pas épuisés.

a) Le subrogé n'a pas épuisé les droits de la femme.

Supposons qu'il ait été colloqué en vertu de l'hypothèque légale sur le prix des immeubles restés en la possession du mari. La femme, dans ce cas, conserve intact son droit de suite ; mais elle ne pourra l'exercer en vertu de son hypothèque primitive que déduction faite de la collocation obtenue par le subrogé. Autrement ce serait faire produire double effet à l'hypothèque légale.

Pour être indemnisée de tout ce que le créancier a touché, la femme a acquis une nouvelle hypothèque légale à la date de la subrogation et aussi les hypothèques conventionnelles et autres garanties que pouvait avoir le subrogé, de sorte que, pour le surplus, elle pourra exercer contre les tiers détenteurs le droit de suite que lui confèrent ces nouvelles sûretés. Mais, à ce sujet, une distinction s'impose.

Si l'immeuble a été aliéné par le mari après la subrogation ou si la transcription de l'acte d'aliénation n'a été opérée qu'après la subrogation, l'hypothèque légale que la femme acquiert au moment du contrat a frappé cet immeuble et par conséquent la femme pourra l'atteindre et se faire payer sur son prix.

Si au contraire l'immeuble a été aliéné, et l'aliénation transcrite avant la subrogation, l'hypothèque que la femme acquiert, en vertu de l'article 2135 du Code civil, n'a pu frapper cet immeuble qui était alors sorti du patrimoine du mari. Elle ne peut l'atteindre qu'en utilisant son hypothèque légale primitive et pour ce qui restera de ses reprises.

La femme pourra peut-être atteindre l'immeuble pour la totalité de sa créance si le subrogé avait sur cet immeuble une hypothèque conventionnelle antérieure à l'aliénation. La femme subrogée légalement à cette hypothèque l'exercera à la place du subrogé.

b) Le subrogé a épuisé les droits de la femme.

La femme ne peut plus invoquer que l'hypothèque légale de l'article 2135 du Code civil et l'hypothèque conventionnelle du subrogé si celui-ci en avait une. Nous retombons dans le cas précédent.

II. — Le subrogé n'a pas utilisé la subrogation et a été colloqué à raison de son hypothèque conventionnelle.

La subrogeante, dans ce cas, recouvre l'exercice de son hypothèque légale. Cependant il faut remarquer que le subrogé a pu être utilement colloqué grâce à ce fait que la femme n'a pas exercé contre lui son hypothèque légale. Si les immeubles restant entre les mains du mari sont suffisants pour désintéresser la femme, la question n'a pas d'importance. Elle en a au contraire une grande, si la femme est obligée d'agir contre les tiers détenteurs d'autres immeubles du mari. Elle peut certainement agir contre eux, mais la situation de ces derniers acquéreurs se trouverait aggravée s'ils devaient subir la poursuite de la femme pour la totalité de ses droits, étant donné qu'ils ne peuvent faire contribuer en rien le tiers détenteur de l'immeuble sur lequel le subrogé a obtenu collocation. Dès lors la poursuite de la femme ne s'exercera que déduction faite de la part à concurrence de laquelle ces autres acquéreurs auraient pu rechercher celui sur lequel a été colloqué le subrogé.

Jusqu'à présent nous n'avons envisagé que les subrogations intervenant au profit de créanciers du mari.

Si la subrogation a été faite au profit d'un créancier de la femme ou d'un créancier d'un tiers, nous savons que, dans

le premier cas, les reprises de la femme sont diminuées dans la même mesure où le subrogé obtient collocation, dans le second cas, la femme n'a que les recours de droit commun contre le tiers. Par conséquent, la subrogation, dans les limites où elle est exercée a pour résultat d'éteindre dans la même proportion le droit de suite de la femme.

CESSION D'ANTÉRIORITÉ

La cession d'antériorité n'est qu'une cession de l'hypothèque présentant quelques caractères particuliers. Elle n'est qu'une des faces de la subrogation. C'est une subrogation limitée. Tandis que la subrogation transporte au subrogé le droit de suite et le droit de préférence, la cession d'antériorité ne lui confère qu'un seul de ces deux attributs : le droit de préférence. Contentons-nous pour le moment de cette première notion : la cession d'antériorité est un échange de rangs entre la femme et un créancier hypothécaire de son mari.

C'est un point en effet généralement admis, que cette convention ne peut intervenir qu'en faveur d'un créancier hypothécaire du mari. Nous reviendrons plus loin sur cette idée.

Mais si les auteurs s'accordent sur ce point de départ, la plus grande divergence se manifeste au contraire entre eux, quand il s'agit de déterminer la nature et les effets de la cession d'antériorité consentie par une femme mariée. On peut ramener leurs opinions à quatre systèmes.

Premier système. — M. Bénéch (*op. cit.*, p. 38) considère la cession d'antériorité comme une simple promesse d'abstention : « Il y a cession d'antériorité lorsque la femme, tout en conservant sa créance et son droit d'hypothèque, promet à un créancier de ne pas s'en prévaloir vis-à-vis de lui, mais en conservant les avantages de son rang vis-à-vis de tous les autres créanciers ; c'est ce que les anciens auteurs appelaient : *cessio juris prælationis*.

Si M. Bénéch a raison quand il affirme que la cession d'antériorité est un acte purement relatif, dont, à ce titre, les effets se concentrent entre les parties qui le passent, sans que les créanciers intermédiaires puissent ni en profiter ni en

souffrir, nous ne pouvons admettre sa théorie quand il veut réduire la cession d'antériorité aux proportions d'une simple promesse d'abstention. Examinons en effet quelles sont les conséquences pratiques de cette théorie. Supposons que le mari ait quatre créanciers échelonnés dans l'ordre suivant :

<i>Sa femme</i> pour.....	40,000 francs
<i>Primus</i> inscrit pour.....	40,000 —
<i>Secundus</i> inscrit pour.....	20,000 —
<i>Tertius</i> inscrit pour.....	40,000 —
TOTAL.....	140,000 francs

La femme a consenti une cession d'antériorité en faveur de *Tertius*.

Les immeubles du mari ont été vendus. Nous allons faire varier successivement le prix à distribuer et nous verrons le résultat dans chaque hypothèse :

Le prix s'élève à 100,000 francs. *Tertius* sera intégralement payé et la femme sera exclue pour le tout. Elle s'est engagée en effet, à tenir inexistante quant à lui, et pour le cas où elle lui ferait préjudice, son hypothèque légale.

Le prix s'élève à 60,000 francs seulement. La femme va, au contraire, être intégralement payée et *Tertius* ne touchera rien, résultat bizarre, surtout en présence du résultat précédent, mais découlant directement du principe admis par M. Bénéch. En effet, l'exercice de l'hypothèque légale par la femme ne cause point de préjudice à *Tertius*, car de toutes façons il aurait été primé par *Primus* et *Secundus* inscrits pour 60,000 francs. Du moment qu'il doit être définitivement exclu, que lui importe de l'être par la femme ou par les créanciers qui le priment.

Le prix s'élève à 80,000 francs. *Tertius* et la femme seront, mais en partie seulement, colloqués l'un et l'autre : *Tertius* pour 20,000 francs, ce à quoi il aurait droit, à supposer inexistante l'hypothèque légale qui lui fait préjudice ; la femme également pour 20,000 francs, car sur les 40,000 francs auxquels elle aurait droit si elle n'avait point renoncé à son hypothèque dans l'intérêt de *Tertius*, elle doit subir la réduction des 20,000 francs qu'elle laisse aux mains de ce dernier,

En somme, le bénéfice que le créancier, ayant obtenu une cession d'antériorité, peut retirer de la convention est déterminé par le préjudice qu'il éprouverait s'il avait à subir l'hypothèque légale. Ce pacte ne lui est d'aucun secours ou ne le protège qu'à demi toutes les fois qu'abstraction faite de l'hypothèque de la femme le montant des sommes dues aux autres créanciers avec lesquels il est en conflit absorberait en tout ou en partie et à son préjudice le prix de l'immeuble hypothéqué. Or ce résultat est inadmissible. Nous verrons que la cession d'antériorité procure au créancier une garantie plus forte.

D'autre part, la conception de M. Bénéch nous semble fausse quand il affirme que la convention n'implique aucun transfert, aucun échange des hypothèques respectives attachées aux créances des parties, ni même d'une de leurs qualités. En appliquant cette idée à la lettre, on serait amené à dire, comme le fait remarquer M. Mourlon, que l'hypothèque légale demeure libre de toute affectation entre les mains de la femme et que, par suite, l'effet de la cession d'antériorité s'analyserait en un simple engagement personnel de la femme. Or cette donnée est évidemment inadmissible : céder l'antériorité de son hypothèque, c'est, en réalité, céder son hypothèque sinon en totalité du moins en partie et quant à la plus essentielle de ses qualités, puisque le droit d'antériorité ou de préférence qu'on en détache la constitue presque toute entière. Et, d'autre part, dans la dernière hypothèse que nous envisagions tout à l'heure (somme à distribuer 80,000 francs), M. Bénéch ne se met-il pas en contradiction avec lui-même ? Pour que le cessionnaire d'antériorité puisse obtenir une collocation de 20,000 francs ne faut-il pas qu'il monte sinon en totalité, du moins en partie au rang de l'hypothèque légale de la femme ? Et alors la cession d'antériorité produit un effet translatif, ce que M. Bénéch n'admet pas — ou bien, n'admettant pas l'effet translatif, il se heurte aux prohibitions de l'article 775 du Code de Procédure civile.

Cette théorie, soutenue également par MM. Proudhon et Persil, a pour point de départ la confusion que font ces auteurs entre la cession d'antériorité et la promesse d'abstention. Quand nous étudierons cette dernière convention — inconnue

de la pratique, — nous verrons, en effet, que dans certains cas il y a une assimilation complète à faire entre la cession d'antériorité et la promesse d'abstention. Mais ce sera la promesse d'abstention qui prendra les caractères d'une cession d'antériorité, puisque, comme nous l'établirons, la promesse d'abstention ne constitue pas une convention nouvelle, différente de celles que nous examinons.

Deuxième système. — M. Mourlon (*Transcription*, n° 939) soutient qu'il n'existe aucune différence entre la cession d'antériorité et la subrogation : « Au point de vue pratique, et quant à leurs résultats habituels, il n'y a aucune distinction à faire entre la cession de l'hypothèque et la cession d'antériorité : les dénominations diffèrent, le fond des choses reste le même. » (N° 945.)

Comme conséquences de son système, M. Mourlon admet :

1° Que le bénéficiaire de cette stipulation succède non seulement au droit de préférence attaché à l'hypothèque légale, mais encore au droit de suite, non pas, il est vrai, en vertu du contrat lui-même, mais à raison de l'article 1166 du Code civil ;

2° Que la convention peut intervenir au profit d'un créancier chirographaire aussi bien que d'un créancier hypothécaire.

Incontestablement, comme nous le verrons, il y a des analogies nombreuses entre la cession d'antériorité et la subrogation. Il ne peut en être autrement puisque les conventions relatives à l'hypothèque proviennent du même principe et ne se distinguent que par les circonstances dans lesquelles elles interviennent. Or, entre la cession d'antériorité et la subrogation, il existe précisément cette différence fondamentale, causée par la situation hypothécaire des personnes en faveur de qui elles interviennent, que l'une transfère l'hypothèque entière et l'autre un de ses attributs seulement. Et cette différence, acceptée maintenant par la presque totalité de la doctrine et par la jurisprudence, entraîne sinon une dissemblance totale, du moins des différences pratiques fort importantes.

D'ailleurs, en n'attribuant au concessionnaire le droit de suite que par application de l'article 1166 du Code civil, n'est-ce pas, par là même, reconnaître que la cession d'antériorité

ne produit pas, par elle-même, ce résultat ? D'autre part, le créancier agissant en vertu de l'article 1166 du Code civil représente la masse et doit partager avec elle l'émolument qu'il réalise. L'application de l'article 1166 est donc en opposition manifeste avec le caractère et les effets de la cession d'antériorité.

Troisième système. — M. Bertauld, qui n'admet pas la cession de l'hypothèque sans la créance, n'admet pas non plus la cession isolée du rang hypothécaire : « Le rang, dit-il, c'est, en quelque sorte, la qualité de l'hypothèque qui n'est elle-même qu'une qualité de la créance. Le rang, c'est le degré de la qualité hypothécaire. Comment donc le rang pourrait-il être cédé sans l'hypothèque ? » (*Op. cit.*, n° 21.)

Nous n'insisterions pas sur cette opinion dont nous avons démontré la fausseté et qui est d'ailleurs rejetée par beaucoup de ceux-là mêmes qui nient la possibilité de la cession d'hypothèque (BÉNECH, *op. cit.*, p. 38 à 51. — AUBRY et RAU, t. III, § 288, n° 3. — LAURENT, t. XXX, n° 330), si M. Bertauld n'avait élevé contre cette convention cette grave objection : « La cession de priorité aboutirait à un cumul de colloocations. En séparant des hypothèques, garanties d'une seule créance, on arriverait à leur faire produire plusieurs fois et abusivement un effet qu'elles ne doivent produire ensemble ou isolément qu'une fois. » (*Op. cit.*, p. 48.)

Il suppose que « *Primus* propriétaire de deux immeubles, A et B, valant chacun 20,000 francs, emprunte 20,000 francs. Le prêteur exige une hypothèque sur les deux immeubles. L'emprunteur fait un second emprunt de 20,000 francs et le nouveau prêteur, pour avoir une vraie sûreté, c'est-à-dire pour avoir la certitude que, quel que soit celui des immeubles hypothéqués sur lequel le créancier qui le prime exerce son droit, il aura une hypothèque efficace, obtient, lui aussi, une hypothèque sur les deux immeubles. Il semble que ce second prêteur a obéi à toutes les règles de la prudence et qu'aucun événement ne peut tromper ses prévisions. Toutefois, voilà que l'emprunteur fait un troisième emprunt de 20,000 francs, avec hypothèque, et le premier prêteur intervient au contrat et abandonne au troisième prêteur son premier rang sur l'un des immeubles qui lui sont hypothéqués, à savoir sur l'immeu-

ble A. Il garde son droit sur l'immeuble B et il l'exerce au préjudice du second prêteur, dont, sous ce rapport, l'attente n'est pas trompée. Mais l'exercice du droit du premier prêteur sur l'immeuble B devait rendre libre l'immeuble A, tandis que par l'effet de la cession de rang sur l'immeuble A le troisième prêteur a pris la place du premier, et c'est le second prêteur qui sera sacrifié. Ce second prêteur ne viendra pas en ordre utile, si les principes ne déjouent la combinaison organisée contre lui. » (*Op. cit.*, p. 47.)

Comment M. Bertauld, logicien si ferme, a-t-il pu tomber dans cette erreur ? S'il est un principe sûr en matière hypothécaire, c'est le suivant : toute convention passée par un créancier hypothécaire avec un autre créancier hypothécaire de rang inférieur ne doit point nuire aux créanciers hypothécaires intermédiaires. Si un créancier préférable en rang cède les avantages qu'il retire de sa situation, c'est à son détriment. Le danger signalé par M. Bertauld n'existe pas. Le créancier, dans l'exemple qu'il prend, après avoir cédé son rang au troisième emprunteur, ne pourra plus lui-même obtenir collocation à ce rang soit sur l'immeuble A, soit sur l'immeuble B que pour la partie de sa créance non utilisée par le cessionnaire. S'il en était autrement, l'hypothèque de ce créancier produirait double effet. Elle assurerait collocation privilégiée non plus pour 20,000 francs, mais pour 40,000 francs, ce qui est impossible et insoutenable. Par conséquent sa collocation ne pourrait, après la convention, être faite qu'au rang du créancier en faveur duquel il a cédé l'antériorité de son rang. Il en sera de même pour la femme. Elle ne pourra, en vertu de son hypothèque légale, objet de la stipulation, primer les créanciers postérieurs que déduction faite du montant des reprises exercées par le bénéficiaire de la convention.

Ce sont les principes qu'a consacrés la Cour de Cassation (31 janvier 1883, D. 83, I. 316). Après avoir posé en règle que l'hypothèque peut être séparée de la créance qu'elle garantit, elle déclare qu'il s'ensuit qu'un créancier hypothécaire antérieur peut céder la priorité de son rang à un créancier hypothécaire inférieur. Mais cette convention ne doit causer aucun préjudice aux créanciers intermédiaires qui n'y ont point participé. Spécialement, le créancier qui, par suite d'une pareille

cession, n'a été colloqué que pour une partie de sa créance sur l'un des deux immeubles hypothéqués à son profit ne peut, dans l'ordre ouvert sur l'autre immeuble, exercer ses droits pour le surplus au préjudice d'un créancier intermédiaire dont l'hypothèque était inscrite immédiatement après la sienne sur l'un et l'autre fonds.

Mais faisons remarquer immédiatement d'autre part que si la convention ne peut nuire aux créanciers hypothécaires intermédiaires, elle ne doit pas davantage leur profiter. C'est ce qu'établit nettement un autre arrêt de la Cour de Cassation du 9 janvier 1893 (S. 94, I. 73) : « La cession d'antériorité consentie par des créanciers hypothécaires au profit d'un autre créancier hypothécaire postérieur laisse subsister l'hypothèque des cédants avec tous ses effets vis-à-vis de tous autres que ceux à qui l'antériorité a été consentie ; les créanciers postérieurs qui y sont étrangers et auxquels elle n'aurait pas pu nuire ne sauraient l'invoquer pour prétendre qu'elle aurait éteint le droit hypothécaire des cédants, comme si ceux-ci, au lieu de consentir une simple cession d'antériorité, avaient renoncé purement et simplement à leurs hypothèques.

Quatrième système. — La cession d'antériorité effectuée par la femme au profit d'un créancier hypothécaire constitue une opération *sui generis* qui se distingue également de toutes les autres conventions relatives à son hypothèque légale : elle consiste en effet, dans un échange de rangs entre la femme et le bénéficiaire du contrat ; elle confère à ce dernier la faculté de profiter du rang ou du droit de préférence attaché à l'hypothèque légale, sauf le droit réciproque pour la femme de se faire colloquer à la date de l'inscription hypothécaire du créancier.

Ce système est actuellement presque unanimement adopté et à juste raison. Il est d'accord avec les principes que nous avons dégagés et, seul, il permet de donner à la convention une portée conforme à la volonté des parties, conforme au but qu'elles se sont proposées d'atteindre.

Ce n'est pas à dire que les autres systèmes (Bénech-Mourlon) ne puissent se défendre mais, à notre avis, ils ont le défaut commun de n'envisager que des cas particuliers de la question. Sans doute, comme le dit M. Bénech¹, la cession

d'antériorité peut être utile en admettant simplement que la femme n'utilise point son hypothèque. Mais il faut supposer pour cela qu'il n'existe pas de créanciers intermédiaires entre la femme et le stipulant. Sans doute, aussi, la cession d'antériorité aboutira au même résultat que la subrogation. Quelquefois même les juges auront à se demander si telle convention constitue une cession d'antériorité ou une subrogation. Cela tiendra à l'obscurité des termes que les parties auront employés. Mais alors ce sera une question d'interprétation du contrat et non de ses effets. Et si l'on trouve des arrêts qui paraissent adopter la théorie de M. Mourlon, il est facile de se rendre compte qu'ils sont tous basés sur des circonstances de fait. C'est dans ce sens qu'ont été rendus les arrêts d'Aix du 8 avril 1892 (P. 92, 2. 145) et de Lyon du 27 décembre 1882 (S. 84, 2. 62).

Ainsi comprise, on voit que la cession d'antériorité produit un effet translatif : elle fait monter le créancier au rang occupé par la femme de telle sorte que c'est à la place de cette dernière qu'il est colloqué et non plus en raison de l'inscription prise par lui. Par suite, on ne saurait prétendre que cette convention viole l'article 775 du Code de Procédure civile.

De ce fait qu'elle ne transmet qu'un des attributs de l'hypothèque légale, la cession d'antériorité se sépare nettement de la subrogation dans plusieurs de ses conséquences.

La cession d'antériorité est un échange de rangs. Par conséquent, non seulement elle ne peut intervenir au profit d'un créancier chirographaire, mais même en faveur d'un créancier hypothécaire, elle ne peut intervenir qu'au profit d'un créancier du mari, car pour pouvoir échanger un rang il faut nécessairement avoir hypothèque sur les mêmes biens.

De cette notion découlent ces conséquences, distinguant cette convention de la subrogation.

1° Quant à l'étendue : dans la subrogation aucune limite n'est imposée à l'étendue du contrat que celle apportée par la volonté des parties. La subrogation peut être générale au profit d'un créancier à hypothèque spéciale. La cession d'antériorité ne saurait comporter cette extension. Pour que le créancier puisse profiter de la cession d'antériorité il faut qu'il ait déjà un droit sur l'immeuble frappé par l'hypothèque

légale. Il faut qu'en échange du rang que lui transmet la femme il puisse donner son rang à lui. Par conséquent, l'étendue de la cession d'antériorité est limitée aux immeubles sur lesquels porte l'hypothèque conventionnelle du créancier.

La subrogation transmet l'hypothèque légale toute entière, avec tous ses attributs, droit de préférence et droit de suite. Dans la cession d'antériorité, au contraire, l'effet translatif se limite au droit de préférence. La femme et son cessionnaire feront, s'il y a lieu, valoir le droit de suite attaché à leur hypothèque respective, pour arriver à l'exercice du droit de préférence tel qu'il se trouve réglé par la cession d'antériorité.

2° Quant à la conservation de l'hypothèque conventionnelle du bénéficiaire de la convention. Nous avons vu que, dans la subrogation, le subrogé, s'il a obtenu une hypothèque conventionnelle du mari, n'était pas obligé de l'entretenir, de la conserver pour pouvoir utiliser la subrogation. Il n'existe entre les deux garanties aucun lien de solidarité. La cession d'antériorité, échange de rangs, ne peut se produire, au contraire, que si la femme acquiert un rang en échange de celui qu'elle transmet. Par conséquent, si le cessionnaire perd son rang, la cession d'antériorité ne peut plus produire d'effets. Cependant la Cour de Cassation a jugé que « si le cessionnaire ne perd que le rang par suite de défaut de renouvellement décennal, mais conserve son hypothèque, la cession d'antériorité doit produire tous ses effets, parce que la convention par elle passée conserve tous ses effets à l'égard du créancier tant que dure l'hypothèque de ce dernier, laquelle ne s'éteint que par l'extinction de l'hypothèque elle-même. » (9 août 1865, S. 65, I. 447.) Cette décision ne peut, selon nous, être adoptée. Qu'est-ce qu'une cession d'antériorité ? Un échange de rangs. L'échange porte non sur l'hypothèque elle-même, mais sur l'un de ses attributs. D'autre part la valeur d'une hypothèque dépend de son rang. La femme en contractant a eu en vue un rang déterminé, un rang qui rendait son paiement sinon assuré, du moins probable, tandis que la négligence du cessionnaire va rendre au contraire l'efficacité de l'hypothèque problématique. Et ce ne pourrait être qu'à la condition que le créancier négligent indemnise la femme de ce qu'il lui a fait

perdre qu'il est possible d'adopter la solution donnée par la Cour suprême (en ce sens AUBRY et RAU, *loc. cit.*).

Mais si la cession d'antériorité se sépare nettement de la subrogation par les caractères que nous venons d'indiquer, si elle produit des effets moindres que la subrogation il ne faut pas oublier ce que nous avons dit précédemment : que la cession d'antériorité n'est qu'une subrogation limitée. Nous allons trouver en effet, quant au droit de préférence transmis, des rapports étroits entre les deux conventions de telle sorte que les solutions adoptées pour l'une s'appliqueront également à l'autre.

La cession d'antériorité transmettant pleinement au cessionnaire le droit de préférence, elle produit sur ce point les mêmes effets que la subrogation.

Par suite, le bénéficiaire de la convention ne pourra user du droit transmis que pour sa créance liquidée ainsi qu'il a été indiqué au chapitre I^{er}, section I^{re}, des effets de la subrogation et dans la mesure seulement de la créance en reprises de la femme liquidée comme précédemment. Il ne peut réclamer, dans l'ordre ouvert sur le prix de l'immeuble hypothéqué, une condition meilleure que la femme. (Cassation, 31 mars 1896 *Gaz. des trib.*, 1^{er} avril 1896.)

De même la convention ne peut produire effet de manière à faire colloquer le cessionnaire au rang de la femme qu'autant que la créance de celle-ci existe encore au moment de la collocation.

De même le cessionnaire ne pourra utiliser la cession d'antériorité qu'au même moment où le subrogé pourrait utiliser la subrogation.

On a cependant soutenu qu'à la différence de ce qui se passe en cas de subrogation, le créancier bénéficiaire d'une cession d'antériorité n'a pas le droit de faire colloquer sa propre créance au rang de l'hypothèque légale ; il serait nécessaire de colloquer la femme elle-même sauf à elle à remettre au créancier le montant de sa collocation. (BÉNÉCH, *op. cit.*, p. 40.) La raison en est que la femme n'a pas transmis son hypothèque. Cette doctrine ne saurait être admise. Si la femme ne s'est pas dessaisie de la totalité de son hypothèque, elle a tout au moins transféré au bénéficiaire de cette cession le droit

de préférence qui en dépend ; or ce droit seul est nécessaire à celui-ci pour faire colloquer sa créance au rang de cette hypothèque. Au surplus, et c'est un point sur lequel nous revenons, la conception de M. Bénéch, dans le cas où l'on se trouverait en présence de plusieurs cessionnaires aurait pour résultat le rétablissement du sous-ordre hypothécaire prohibé par l'article 775 du Code de Procédure civile. Donc, d'accord avec la jurisprudence et la doctrine, nous maintenons que, de même que dans la subrogation, le bénéficiaire de la cession d'antériorité exerce personnellement le droit que lui a transmis la femme. Il n'est pas nécessaire que cette dernière produise à l'ordre.

Nous pourrions donc maintenant définir la cession d'antériorité : le contrat par lequel la femme s'oblige à laisser colloquer à son propre rang, sur le prix des immeubles du mari affectés à un créancier hypothécaire, ce créancier qui ne devait obtenir collocation qu'après elle, et consent à n'être colloquée elle-même qu'au rang de ce créancier.

Ainsi, pour nous, la cession d'antériorité produira toujours un effet translatif. Ce caractère s'aperçoit nettement dans le cas où il existe entre la femme et le bénéficiaire des créanciers intermédiaires. Dans le cas où la femme se trouve immédiatement placée avant le subrogé, le caractère translatif apparaît moins nettement. Mais pour arriver à ce que l'ordre des collocations soit renversé, il faut évidemment que le créancier se serve de l'hypothèque de la femme et que celle-ci se contente de celle du créancier. « L'opération, disent MM. Méri-gnhac, ne peut être ni autrement entendue, ni autrement exécutée. On doit reconnaître qu'en tous cas le créancier use du droit de préférence qui découle de l'hypothèque légale, puisque, si les fonds manquent sur la femme, et si le mari n'a point d'autres immeubles, ce droit aura été définitivement épuisé par la collocation attribuée au bénéficiaire de l'antériorité. »

Si enfin nous supposons que le bénéficiaire de la cession d'antériorité a utilisé cette convention, la femme, de même qu'en matière de subrogation, ne se trouvera pas démunie de toute sûreté.

Pour que la cession d'antériorité puisse se produire, il

Il faut nécessairement que le créancier soit créancier hypothécaire du mari. La femme sera donc subrogée légalement à cette hypothèque (art. 1251 C. civ.). Mais en outre, comme elle a payé pour son mari, elle acquiert également une hypothèque légale en vertu de l'article 2135 du Code civil.

SUBROGATION TACITE

Dans les deux contrats que nous venons d'étudier, la femme cédait d'une manière expresse la totalité ou une partie seulement de son hypothèque légale. Nous allons maintenant examiner diverses hypothèses dans lesquelles cette cession, sans se produire expressément, résulte néanmoins, d'après la jurisprudence et la majorité de la doctrine, implicitement d'un acte où la femme est partie. C'est ce que l'on est convenu d'appeler une subrogation tacite et cette subrogation existe, selon l'expression de M. Bertauld, « quand la femme, non par ses paroles, mais par sa conduite, *re non verbis*, dépose nécessairement de son intention de subroger. » C'est donc avant tout une question d'interprétation. Il faudra interpréter le fait juridique duquel on voudra la faire résulter, et décider si la femme, par la nature même de l'engagement pris, par les effets qu'il doit produire, a suffisamment et nécessairement compris qu'elle abdiquait son hypothèque légale ; si elle a, par suite, tacitement consenti à s'en dessaisir ; si enfin le mari qui doit fournir son autorisation a entendu la donner sur ce point.

C'est en quelque sorte une question de fait, laissée à l'appréciation des tribunaux, à la prudence des juges du fond. Cette question semble donc n'offrir que peu d'intérêt. Ce serait une erreur de le croire. Que l'on consulte la jurisprudence et l'on verra que la majorité des arrêts sont rendus dans le cas de subrogation tacite. Il y a donc un double intérêt à étudier le système admis par nos tribunaux : 1° Au point de vue pratique, car une fois dégagés les grands principes de la matière, il sera facile de se rendre compte des cas dans lesquels la jurisprudence voit une subrogation tacite et d'arriver aisément à la solution des cas qui n'auraient pas été prévus ou qui ne se seraient point présentés ; 2° au point de vue théorique, afin

d'apprécier la doctrine de nos tribunaux, et de voir si elle se concilie avec la théorie générale.

Un triple problème se pose : la loi admet-elle les subrogations tacites ? A supposer qu'elle les admette, de quels faits résultent-elles ? Enfin quels effets produisent-elles ?

M. Duranton soutient que la loi exclut les subrogations tacites. L'article 2180 du Code civil laisse la question indécise ; mais lorsqu'un texte susceptible de sens divers ne révèle point la pensée qui y a été déposée, quoi de plus naturel que de la chercher dans l'ensemble des dispositions de la loi. Or l'esprit du Code n'est pas douteux. Partout on le voit exclure les renonciations tacites. Tels sont les articles 621 et 784 du Code civil. Si la loi, dans ces deux cas, prohibe les renonciations tacites, c'est qu'elle a pensé qu'en les tolérant, elle courrait le risque d'être injuste ; car une renonciation, déduite d'un fait plus ou moins concluant, n'est souvent qu'une fausse apparence. Ces inductions, par leur nature même, ont un caractère équivoque qui les rend naturellement suspectes, et l'extinction d'un droit est chose trop grave pour qu'on puisse la fonder sur un peut-être. Cette prudente abstention de la loi serait encore plus utile en matière hypothécaire que partout ailleurs, tant les surprises y sont faciles. N'est-il pas vrai, en effet, que parmi les femmes qui accordent leur signature à leur mari, la plupart ne le font qu'avec une extrême légèreté, et souvent même sans se douter des inductions que leur intervention peut fournir contre elles ? D'autre part elles ne sont pas absolument nécessaires : on ne porte en les écartant aucune atteinte au crédit du mari puisqu'on ne fait que lui imposer l'obligation de prévenir sa femme du sacrifice qu'il attend d'elle. Quant aux tiers qui traitent avec lui, on ne leur refuse point le droit d'exiger que sa femme fortifie son engagement ; on veut seulement qu'ils s'expliquent. Il faut, en un mot, qu'en une matière aussi grave, tout se fasse au grand jour, sans surprise possible ; autrement on s'exposerait à spolier la femme sous prétexte d'expliquer son intervention. Au surplus, malgré les rudes atteintes qu'il porte aux prérogatives de la femme, le décret du 9 avril 1852 sur le Crédit foncier, n'admet point pourtant le système des renonciations tacites.

En résumé, en écartant en matière hypothécaire le sys-

lème des renonciations faciles, on est d'accord avec l'esprit général de notre droit, avec les dispositions du décret de 1852 avec les vues de la loi de 1855 qui, en imposant les conditions d'authenticité et de publicité, montre suffisamment que les subrogations ne doivent être admises qu'autant qu'elles ont été consenties à bon escient et en parfaite connaissance de cause.

Cette théorie, comme M. Duranton le reconnaît lui-même, est contraire à la doctrine de l'ancien droit.

En droit romain le consentement que le créancier donne à l'aliénation du bien à lui hypothéqué entraîne une remise tacite de son droit d'hypothèque : *Creditor qui permittit rem venire pignus dimittit*.

Basnage distinguait entre le cas où le créancier consentait à la vente de l'immeuble qui lui était hypothéqué et le cas où il ne consentait qu'à l'affectation de cet immeuble au profit d'un nouveau créancier. Dans le premier cas, il admettait que l'hypothèque était éteinte au profit de tous les intéressés. Dans le second, c'était pour lui une question d'intention que celle de savoir si le créancier avait seulement abandonné sa place au nouveau créancier, ou s'il l'avait abandonnée, d'une manière absolue, dans l'intérêt de tous les créanciers qu'il primait (*Traité des hypothèques*, p. 90.)

Pothier exprime la même opinion : « Le débiteur, dit-il, n'ayant pas besoin du consentement de son créancier pour aliéner ses héritages avec la charge des hypothèques, le consentement du créancier ne peut paraître requis et donné pour une autre fin que pour remettre son hypothèque. (*Des hypothèques*, ch. III, § 5.)

Les arrêts de Lamoignon sont cependant contraires à cette doctrine. « Le créancier, y est-il dit, conserve son hypothèque sur l'héritage aliéné par son débiteur, encore qu'il ait agréé l'aliénation et signé le contrat avec déclaration que l'héritage était franc et quitte de toutes hypothèques, si ce n'est que par une clause expresse et spéciale il ait renoncé à son hypothèque. » (Titre XXVI de *L'extinction des hypothèques*, t. I, p. 159.) Mais cette décision est restée isolée et n'a pas été suivie.

La règle que le créancier qui consent à l'aliénation de son

gage perd son hypothèque, s'il ne la réserve, était partout dominante. Elle n'était point du reste spéciale à l'hypothèque. L'usufruit la comportait également.

Notre code a-t-il apporté quelques modifications à la tradition en notre matière. Nous ne le croyons pas et pour plusieurs raisons :

1° Le code n'a point reproduit l'article 10 de la loi de messidor an III qui n'admettait que les renonciations expresses ;

2° L'accord de la volonté des parties produit les effets qu'elles ont en vue si la loi, par quelque disposition spéciale, n'exige pas un consentement exprès ;

3° Le code a prohibé les renonciations tacites à l'usufruit admises dans l'ancien droit ; la même exclusion ne se trouve pas au titre des hypothèques.

Quant au décret de 1852, il est impossible d'en tirer cette conséquence qu'il ne peut y avoir de subrogations tacites à l'hypothèque légale. Ce texte est sans influence sur le droit commun. Ce décret, législation de faveur pour les sociétés de crédit foncier, a voulu qu'il n'y eût aucune difficulté d'interprétation possible, aucun doute sur la volonté de la femme. Il exige une subrogation expresse, voilà tout. Et même, si l'on veut le faire intervenir dans la question, le seul argument qu'on puisse en tirer est en notre faveur ; car s'il a été jugé nécessaire de n'admettre, dans les matières spéciales qu'il règle, que les renonciations expresses, c'est qu'évidemment il a été reconnu que les renonciations tacites sont reçues selon le droit commun.

Si, maintenant, les auteurs sont unanimes à admettre l'existence de subrogations tacites, il y a cependant entre eux des divergences quand il s'agit de déterminer les cas d'où elle résulte. Avant d'arriver au système de la jurisprudence, voyons donc les diverses théories qui ont été émises sur ce point.

Système de M. Mourlon. — Après s'être, dans son traité des Subrogations (p.610 et s.), posé la question en distinguant suivant que l'engagement solidaire de la femme intervenait soit au profit d'un créancier hypothécaire, soit au profit d'un créancier chirographaire et avoir soutenu que la subrogation tacite ne pouvait, ni dans l'un ni dans l'autre cas, résulter de

l'obligation de la femme, le savant auteur est revenu sur son opinion et, dans son traité de la Transcription (n° 986 et s.), se posant la même question, il l'a résolu dans le sens opposé. « Que le créancier envers lequel la femme s'est personnellement engagée soit hypothécaire ou simplement chirographaire, qu'elle se soit engagée en même temps que son mari et par le même acte, ou qu'elle ne soit intervenue qu'après coup et par acte séparé, il n'importe : la raison de décider est toujours la même. Se porter garant de la dette d'un tiers c'est promettre au créancier avec lequel on traite qu'il sera payé, et, par conséquent, s'engager à ne point mettre en travers de son droit, les droits qu'on peut avoir soi-même sur son débiteur, ce qui implique en sa faveur la renonciation à ces mêmes droits. » En effet « la loi admet les renonciations tacites. Pour qu'il y ait renonciation tacite, il n'est point essentiel que le fait duquel on la prétend déduire l'implique nécessairement. Il suffit qu'aux yeux du juge il la rende assez probable pour la considérer comme certaine. La question en litige, se pose dès lors en ces termes : lorsqu'une femme s'oblige solidairement avec son mari, soit par le même acte, soit par un acte distinct et postérieur, au profit d'un créancier hypothécaire ou même simplement chirographaire, est-il naturel et parfaitement raisonnable de supposer qu'il a été tacitement entendu, entre elle et le bénéficiaire de son engagement, qu'elle ne fera point, par l'exercice de ses propres droits, obstacle à l'exercice de ceux dont elle a promis le paiement ? A notre avis, le doute est à peine possible ; tout le monde sait, en effet, que les tiers qui traitent avec un propriétaire marié ou qui, après avoir traité avec lui, stipulent de la femme un engagement solidaire, ne recourent, en général, à cette sûreté qu'afin d'empêcher que leur débitrice ne vienne, par l'exercice de son hypothèque légale, entraver leurs poursuites sur les biens de leur débiteur. Or, n'est-il pas vrai que, de la part de la femme qui y souscrit, cette situation implique, dans l'intérêt du stipulant, une renonciation à son hypothèque ? »

En admettant même que la femme qui s'oblige solidairement envers un créancier chirographaire du mari conserve son hypothèque légale, il est néanmoins certain qu'elle le subroge à celle qu'elle acquiert en vertu de son engagement.

« Il ne se peut pas, en effet, qu'elle ait dit à ce créancier : « Je m'engage à vous faire payer par mon mari ou à vous payer de mon propre argent ; toutefois je me réserve la faculté d'exercer à l'encontre de votre créance l'hypothèque attachée à l'indemnité que me devra mon mari, votre débiteur, et par suite, d'empêcher, à votre préjudice, le paiement dont je me porte la garante. » D'autre part, dans ce cas, la convention pourrait devenir nuisible plutôt qu'utile au créancier. Or, dans le doute les conventions s'interprètent dans le sens avec lequel elles peuvent produire effet plutôt que dans le sens où elles n'en auraient aucun. D'ailleurs, l'hypothèque accordée à la femme dans le cas d'engagement solidaire n'existe qu'afin d'assurer sa libération de l'engagement contracté. Cette hypothèque doit donc assurer le paiement du créancier. Citons parmi les arrêts qui ont admis ce système ceux de : Cassation, 17 avril 1827 (D. 27, I. 201. — Bourges, 4 mars 1831 (S. 32, 2. 31).

Nous avons tant insisté sur le système de M. Mourlon à cause d'abord de la valeur et de la logique des arguments qu'il présente, ensuite des objections qu'il élève contre les autres systèmes notamment contre le système de la jurisprudence actuelle. Nous reprendrons ces objections au fur et à mesure que nous examinerons les théories contre lesquelles elles ont été émises.

Nous n'entreprendrons pas pour le moment la réfutation de M. Mourlon. Cela nous exposerait à trop de redites. Mais quand nous exposerons le système de la jurisprudence contre lequel M. Mourlon s'est surtout élevé, nous indiquerons les motifs qui nous font repousser ce système trop absolu.

Système de M. Bénech. — M. Bénech, après avoir indiqué les trois chefs dont les auteurs faisaient alors résulter une subrogation tacite : 1° obligation solidaire par la femme et le mari ; 2° affectation hypothécaire au profit du créancier sur les biens du mari par celui-ci et par son épouse ; 3° obligation solidaire de la femme avec le mari qui grève ses biens d'une affectation hypothécaire, et repoussé les deux premiers chefs : l'un comme contraire aux articles 2092, 2093, 2094 et 2115 du Code civil, l'autre comme contraire également à l'article 1225 du Code civil et exposant la femme aux peines du stellionat,

s'attache au dernier chef qu'il qualifie de l' « expédient de l'obligation solidaire avec affectation hypothécaire de la part du mari. » Il s'efforce de démontrer, tant en s'appuyant sur les textes latins que sur notre ancien droit, que jamais une subrogation tacite ne peut résulter de cet engagement de la femme. Le créancier, par la convention, ne peut jamais obtenir qu'une cession d'antériorité. Et selon cet auteur « la cause de l'erreur dans laquelle on est tombé (en admettant une subrogation tacite) provient de la traduction qu'on a donnée au mot *remissio* du droit romain auquel correspond le mot de renonciation dans notre langue. Le jour où l'on a traduit le mot *remissio* par celui de subrogation qui nous vient du droit canonique et auquel on attache l'idée d'une transmission, on a faussé tous les principes. Le mot subrogation est synonyme de cession. Subrogation et renonciation expresse *in favorem* sont synonymes ; mais subrogation et renonciation tacite ne le sont plus ; la renonciation tacite s'entendant d'une simple postposition de rang, et non de la transmission du rang lui-même. » (*Op. cit.*, p. 65.)

Rappelons que cet auteur a une conception spéciale de la cession d'antériorité. Pour lui, elle n'est pas translatrice. Nous avons précédemment montré l'insuffisance de cette théorie. Mais étant donnée sa conception de la cession d'antériorité, il y a concordance entre elle et celle de la subrogation tacite.

Théorie de MM. Bertauld et Troplong. — Ces deux théories ne se séparent que par un détail de la théorie de la jurisprudence que nous exposerons longuement. Nous serons donc très brefs à ce sujet. Pour ces auteurs, il convient de faire une distinction suivant que la femme s'engage au profit d'un créancier chirographaire ou au profit d'un créancier hypothécaire.

Au profit d'un créancier chirographaire, son engagement n'emporte pas subrogation tacite.

Au profit d'un créancier hypothécaire, son engagement entraîne subrogation tacite, mais à une condition (et voilà la différence) : que l'engagement de la femme et l'affectation hypothécaire par le mari soient constatés par le même acte. Sans cela « la femme aurait pu ignorer l'existence de cette affectation et partant elle ne serait pas convaincue d'avoir été mise en demeure, sommée en quelque sorte d'avertir si elle

entendait lui dénier son appui. » Nous reviendrons plus tard sur ce point.

Avant de quitter cette théorie, nous tenons à examiner immédiatement un point de détail sur lequel M. Bertauld nous paraît avoir commis une erreur manifeste. Il prévoit un cas où, par exception, l'obligation de la femme, en dehors de toute affectation hypothécaire du mari, entraîne une subrogation limitée à son hypothèque légale. Une femme, dit-il, s'engage solidairement avec son mari. Aux termes de l'article 2135 du Code civil elle acquiert une hypothèque légale à la date de l'obligation. Si elle acquitte cette dette, il est bien certain qu'elle pourra utilement subroger à cette hypothèque. Mais, même avant d'avoir payé, avant même d'avoir été poursuivie, si le mari est en faillite ou si la dette est échue, la femme, comme caution du mari, peut réclamer collocation éventuelle sur le prix des biens du débiteur principal. Or, d'après M. Bertauld, la femme ne peut céder ses droits à cette collocation à laquelle elle n'a droit que pour la dispenser de supporter définitivement le poids d'une dette qui n'est pas en réalité la sienne : « Par conséquent, le créancier qui a la femme pour obligée peut donc se présenter à l'ordre et emporter la collocation ; il est par le seul fait de l'obligation de la femme, subrogé au moins au bénéfice de l'hypothèque à laquelle cette obligation a donné naissance. » (*Op. cit.*, p. 155.) Si l'on se reporte au passage que nous citions plus haut de M. Mourlon, on voit que M. Bertauld a été fort influencé par l'argumentation du savant auteur.

Quoi qu'en pense M. Bertauld, la femme n'est pas dans l'impossibilité de céder cette hypothèque légale. Mais elle ne peut transmettre au subrogé plus de droits qu'elle n'en a elle-même. Son hypothèque garantit un recours éventuel. Le subrogé sera exposé à la même éventualité. Le cessionnaire ne pourra l'exercer que sous les mêmes conditions qu'elle-même, c'est-à-dire soit quand elle aura payé le créancier du mari, soit quand l'un des événements de l'article 2032 du Code civil se produira (conformément à ce que nous avons dit précédemment à ce sujet à propos de la subrogation).

Système de la jurisprudence. — Les théories précédentes, notamment celles de M. Mourlon et de M. Bénéch, se sont

élevées avec force contre le système admis par nos tribunaux depuis une époque déjà lointaine. Nous allons insister longuement sur cette théorie jurisprudentielle, nous allons tenter de démontrer qu'elle est la seule théorie raisonnable et qui tiennne un compte exact de la portée de l'engagement et de la volonté des parties. Les objections présentées contre ce système s'évanouiront donc au fur et à mesure que nous le développerons et nous ne tomberons point ainsi dans de fastidieuses redites.

Suivant la jurisprudence, les hypothèses dans lesquelles on s'est demandé pratiquement si, oui ou non, il y a de la part de la femme subrogation tacite à son hypothèque légale en faveur d'un créancier peuvent se ramener à deux groupes principaux qu'il y a lieu d'étudier séparément : 1° hypothèses où la femme s'oblige avec son mari envers un créancier hypothécaire de ce dernier ; 2° hypothèses où la femme s'oblige, dans les mêmes conditions, envers un simple créancier chirographaire.

1. — *La femme s'engage solidairement avec son mari au profit d'un créancier hypothécaire de ce dernier.*

Il y a plusieurs variantes.

a) On peut supposer d'abord que la femme s'oblige solidairement avec son mari vis-à-vis d'un créancier de celui-ci, et donne son consentement à l'acte par lequel le mari confère à ce dernier une hypothèque sur ses biens. En pareil cas, il y a subrogation tacite de la part de la femme à son hypothèque légale. C'est un résultat incontesté. Il est impossible en effet de donner une autre explication du concours de la femme à la constitution d'hypothèque par le mari. Le consentement de la femme n'était pas nécessaire pour la validité de cette constitution (art. 2124 C. civ.). Par conséquent elle n'est évidemment intervenue que pour rassurer le créancier et elle ne peut le rassurer qu'en le subrogeant à son hypothèque légale, c'est-à-dire en lui donnant la certitude qu'il ne pourra être primé par elle, et qu'au contraire il pourra, grâce à l'hypothèque légale, primer les autres créanciers. Ce point est unanimement admis en doctrine.

Il en serait de même si la femme, au lieu d'intervenir à l'acte, donnait pouvoir à son mari d'hypothéquer en son nom

les immeubles de la communauté. Il y a mêmes motifs d'interpréter le mandat que précédemment l'engagement de la femme. Du moins, l'arrêt qui le décide ainsi, par interprétation du mandat donné par la femme à son mari, échappe à la censure de la Cour de cassation. (Cassation, 12 juin 1839, S. 39, I. 467.)

Un arrêt intéressant, statuant sur un cas un peu différent, fait produire à l'engagement de la femme le même résultat : La cour de Paris, le 9 janvier 1866 (*Journal Cons. hyp.*, 1870, p. 36) a décidé que lorsque le mari et la femme, par le contrat de vente de biens appartenant au mari, délèguent le prix de cette vente à leurs créanciers privilégiés et inscrits, ces créanciers sont tacitement subrogés à l'hypothèque légale de la femme, sans qu'il y ait à distinguer entre les créanciers collectifs des époux et les créanciers particuliers du mari.

b) La femme ne concourt pas directement à l'affectation hypothécaire consentie par le mari, mais se contente de s'obliger conjointement et solidairement avec son mari par l'acte même dans lequel a lieu cette affectation hypothécaire. Certains auteurs, sur ce point, ont prétendu que l'engagement de la femme s'explique autrement que par la pensée de renoncer à son hypothèque légale (GAUTHIER, *Subrogation*, n° 378) que par conséquent il n'y a pas subrogation tacite. Mais la jurisprudence, au contraire, appuyée par la majorité de la doctrine, considère qu'il y a également dans ce cas subrogation tacite, pour ce motif qu'à raison de l'obligation solidaire, par elle contractée, la femme est tenue de ne rien faire de nature à porter atteinte aux droits nés pour le créancier du contrat auquel il a participé. Elle ne peut donc pas, par l'exercice de son hypothèque, frapper d'inefficacité l'hypothèque constituée : *quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio*. (Lyon, 25 janvier 1822, rec. arr., Lyon, t. I, p. 114. Caen, 3 mai 1852, S. 53. 2. 79.) Citons ce dernier arrêt : « Considérant que l'on objecte que le concours de la femme H... à l'acte s'est uniquement renfermé dans l'obligation personnelle à laquelle elle s'est solidairement associée, et qu'elle n'a pris aucune part à la convention d'hypothèque qui a été le fait du mari seul ; mais que cette objection s'appuie sur une subtilité ; que si, en effet, dans la partie de l'acte où il s'agit de l'établis-

sement de l'hypothèque, il n'y a que le mari qui stipule, cela s'explique par la circonstance que les biens hypothéqués étaient sa propriété personnelle et qu'il n'appartenait qu'à lui d'en consentir l'affectation ; qu'il n'en est pas moins vrai que l'acte formait un tout que les deux époux ont scellé de leur signature et auquel chacun d'eux a sisté avec l'intention et dans le but d'assurer, suivant la mesure de son pouvoir, l'exécution de l'obligation qui y était contractée ; qu'autrement on ne concevrait pas que la dame H... eût laissé passer sans aucune réserve la déclaration faite par son mari dans l'acte... » Il est vrai que l'arrêt ajoute quelques motifs de fait aux considérations de raison.

Tel est le principe : il ne faut pas que l'engagement de la femme comporte une autre explication. Et c'est ainsi que l'on trouve des arrêts qui semblent en contradiction avec la théorie générale mais qui, si on les étudie de près, sont dictés par des circonstances de fait (Limoges, 3 juin 1854, D. 55, I. 389. — Cassation. 4 juin 1855, S. 55, I. 743.)

c) La femme ne s'oblige envers le créancier que par un acte postérieur à celui qui contient l'affectation hypothécaire consentie par le mari. Il y a encore selon la jurisprudence subrogation tacite, en principe, sauf naturellement l'influence des circonstances de fait.

Ce résultat a été contesté d'une façon absolue par M. Bertauld sous le prétexte que la femme pouvait très bien avoir ignoré l'affectation hypothécaire consentie par le mari. Cet argument est difficilement soutenable. Il suppose en effet, que la femme, en contractant, n'a pas su ce qu'elle faisait, qu'elle ne s'est occupée, ni de connaître les garanties que le créancier pouvait avoir exigées du mari, ni la portée que pouvait avoir son engagement. Ce serait une faute inexcusable de sa part, d'autant plus que l'obligation solidaire qu'on lui demande de contracter après coup doit attirer son attention. Aussi il est plus vraisemblable de penser que la femme, en donnant son engagement, a eu connaissance des clauses de la convention à laquelle elle adhère. Dans tous les cas, son engagement emporte ratification du contrat précédemment conclu.

Telles sont les grandes règles admises par la jurisprudence sur ce point.

Comme solutions d'espèces, citons deux arrêts intéressants .

L'obligation, consentie par la femme, dans un acte authentique, de payer le montant des condamnations prononcées par un jugement intervenu contre son mari, emporte subrogation tacite à l'hypothèque légale ; à elle seule, en effet, la nature du titre suffit à avertir la femme qu'il a fait naître une hypothèque générale sur tous les biens du mari. (C'est une application du troisième cas envisagé.)

Mais il ne saurait en être de même du jugement qui condamne la femme solidairement avec le mari. Sans doute la femme est partie au titre qui confère l'hypothèque judiciaire, mais elle ne confirme pas volontairement cette hypothèque ; elle ne lui donne pas une adhésion spontanée. Or il s'agit uniquement dans la subrogation à l'hypothèque légale, d'une abdication volontaire. Le jugement qui est rendu contre elle soumet à la vérité ses biens à une hypothèque judiciaire, mais elle ne l'exproprie pas de l'hypothèque légale qu'elle a sur les biens de son mari. C'est ce que la cour de Caen a décidé sur appel d'un jugement du tribunal de Pont-Lévêque (15 juillet 1840. Dev. 40, 2. 522) : « Attendu que le jugement qui intervient contre la femme, confirmatif de la créance, en favorisant l'exécution, n'en change pas la nature et ne lui imprime pas le caractère de créance hypothécaire à une époque antérieure à son obtention ; qu'enfin l'hypothèque qui en résulte donne bien au créancier un droit sur les biens de la femme, si elle en a qui soient susceptibles d'hypothèques, mais ne peut conférer de subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée sans le consentement de celle-ci... »

Ce dernier arrêt montre nettement l'idée générale qui guide nos tribunaux.

2° *La femme s'engage solidairement avec son mari au profit d'un créancier chirographaire de ce dernier.*

La jurisprudence est très nette. Jamais l'engagement de la femme n'entraîne subrogation tacite à son hypothèque légale. L'intention de subroger le créancier, dans cette hypothèse, n'apparaît pas nettement chez la femme ; rien ne la fait supposer. Il paraît plus naturel, au contraire, de présumer que la femme a voulu seulement s'engager personnellement,

car, dans le doute, la renonciation ne doit pas être admise. En effet un acte authentique est nécessaire pour que la question de subrogation puisse se poser. En pratique, cet acte sera sinon toujours, du moins presque toujours notarié. Le mari pouvait donc y constituer hypothèque (art. 2127 C. civ.) — puisque la question de subrogation se pose, il faut bien admettre qu'il possède des immeubles. — Or il ne l'a point fait. Il est donc logique de conclure, d'une part, qu'il n'a voulu contracter qu'une obligation chirographaire, et, d'autre part, que le créancier s'est contenté du droit de gage général et imparfait que lui donne sur les biens du mari l'engagement de ce dernier. Or, si l'on admet que l'engagement solidaire de la femme emporte subrogation à son hypothèque, on arrive à cette conclusion, qui nous semble insoutenable, que l'intervention peut changer la nature d'une obligation. L'obligation purement chirographaire deviendrait hypothécaire vis-à-vis du mari puisqu'elle serait revêtue, par la subrogation, d'une hypothèque et d'une hypothèque plus étendue que ne le serait une hypothèque conventionnelle, puisqu'elle serait générale et porterait sur tous ses biens présents et à venir. La volonté des parties serait dénaturée. Un tel résultat suffit pour faire condamner la théorie admettant la subrogation tacite.

D'ailleurs l'engagement de la femme ne serait-il d'aucune utilité au créancier s'il ne lui conférait le droit d'exercer l'hypothèque légale ? Cette question ne supporte point l'examen. C'est se demander si un créancier n'a aucun avantage à avoir deux débiteurs au lieu d'un. L'engagement de la femme est pour le créancier une garantie appréciable. Outre que son droit de gage porte sur deux patrimoines, il pourra, en vertu de l'article 1166 du Code civil, exercer les actions de la femme et par conséquent son hypothèque légale, notamment par la voie du sous-ordre conformément à l'article 775 du Code de Procédure civile, mais il n'aura pas le droit de s'en faire attribuer le profit à l'exclusion des autres créanciers de la femme. Il est vrai que la femme pourra consentir des cessions postérieures à son engagement et nuire à son créancier en diminuant ou même en anéantissant le droit de gage que sa créance lui donne en vertu de l'article 2093 du Code civil sur la créance hypothécaire de la femme. Mais ce n'est pas une raison pour

admettre que la femme l'a subrogé à son hypothèque, car en règle générale, un créancier quelconque peut souffrir par le fait que son débiteur contracte de nouvelles dettes ou aliène ses biens, et il n'a d'autre ressource que l'article 1167 du Code civil, mais il faut que ces actes soient frauduleux.

Il est donc conforme aux principes, conforme à la volonté présumée des parties de dire que l'obligation contractée par la femme solidairement avec son mari, en dehors de toute affectation hypothécaire de la part de ce dernier, ne saurait constituer une subrogation à l'hypothèque légale.

A plus forte raison en est-il de même quand la femme s'est bornée à cautionner l'obligation chirographaire de son mari. (Caen, 15 juillet 1840, S. 40, 2. 522 et 22 mai 1858. *Recueil arrêts, Caen et Rouen*, 1858, I. 161.) En particulier les tiers envers lesquels une femme commune s'est obligée conjointement avec son mari ne peuvent prétendre avoir été subrogés à l'hypothèque légale que crée éventuellement, au profit de celle-ci, l'obligation par elle consentie et qui la rend caution de son mari.

La même solution devrait être donnée dans le cas où la femme, poursuivie ultérieurement par le créancier, serait condamnée en justice. Le jugement intervenu emporterait bien hypothèque judiciaire, mais il n'opérerait pas la subrogation à l'hypothèque légale qui exige nécessairement le consentement de la femme. (Paris, 2 janvier 1836, S. 36, 2. 149 ; Cassation, 14 mars 1865, S. 65, I. 209 ; Orléans, 9 juin 1874, S. 74, 2. 302.)

Toutefois il ne paraît pas douteux que le jugement qui validerait une saisie-arrêt pratiquée par un créancier de la femme sur les reprises dotales conférerait à ce créancier le droit d'exercer l'hypothèque légale, garantie accessoire desdites créances. Mais, à vrai dire, il ne s'agit plus ici d'une véritable subrogation à l'hypothèque légale. C'est plutôt la créance même de la femme qui passe aux mains du créancier saisissant. (MÉRIGNHAC.)

Ayant ainsi exposé le système de la jurisprudence, système unanimement admis maintenant, il est facile de se rendre compte de l'étendue et des effets de la subrogation tacite.

La subrogation tacite, se produisant à raison de l'affecta-

tion hypothécaire consentie par le mari, ne porte que sur les biens que frappe l'hypothèque conventionnelle du créancier. C'est un point que nous avons examiné en étudiant l'étendue de la subrogation.

On voit donc, par ces caractères, que la subrogation tacite s'écarte de la subrogation expresse et se rapproche de la cession d'antériorité. Toutes deux, en effet, ne peuvent être faites qu'en faveur d'un créancier hypothécaire du mari, et dans la limite de l'hypothèque conventionnelle.

La subrogation tacite produit également un effet translatif, sans qu'il y ait à distinguer s'il y a entre la femme et le créancier, des créanciers intermédiaires.

Mais il ne faudrait pas pousser plus loin l'analogie avec la cession d'antériorité et dire que dans la subrogation tacite il n'y a que le droit de préférence qui soit transmis, pour ce motif que le créancier ayant déjà de son propre chef le droit de suite, n'a besoin que du droit de préférence. Nous sommes en présence d'une subrogation et nos tribunaux admettent que, de même qu'en matière de subrogation expresse, le subrogé n'est pas tenu de conserver son hypothèque conventionnelle, qu'il ne serait pas déchu, en la laissant éteindre, du droit d'exercer la subrogation. (Cassation, 8 août 1854. S. 54, I. 521.)

Il nous semble à peine utile de répéter que la subrogation tacite ne pourra être d'un secours efficace pour le subrogé que si la femme a contre son mari des créances à exercer, et que la femme conserve sur ses reprises les mêmes droits que nous lui avons reconnus précédemment en recherchant si la subrogation avait une influence sur les reprises de la subrogeante.

Pour la collocation du subrogé, nous renvoyons également à ce qui a été dit de la subrogation expresse. Si la créance de la femme ne suffit pas à désintéresser totalement le créancier, il pourra recevoir le complément de ses droits au moyen de la collocation complémentaire qu'il pourra obtenir en vertu de sa propre hypothèque.

En résumé, toutes les solutions admises pour la subrogation expresse sont également applicables ici.

Il nous reste à ajouter un mot sur le système de la jurisprudence. Nous avons admis ce système. Il est en effet très raisonnable et l'on ne saurait lui reprocher de faire produire

à l'engagement de la femme des conséquences que celle-ci n'aurait point prévues. En effet, cet engagement, nous l'avons indiqué précédemment, interviendra presque toujours, pour ne pas dire toujours dans un acte notarié. La femme sera donc avertie, du moins on peut le présumer, par le notaire, de la portée de son obligation. Cependant il faut se montrer très prudent en matière de subrogation tacite. Nous avons dégagé les principes auxquels se réfèrent nos tribunaux. Mais il ne faudrait pas croire que toute convention pouvant rentrer dans une catégorie où nous avons admis la subrogation tacite l'entraînerait nécessairement. Il faut, dans tous les cas, examiner les circonstances de fait, interpréter la convention, voir si l'engagement de la femme peut s'expliquer autrement que par l'idée d'une subrogation. Nos tribunaux ont, sur ce point, un pouvoir absolu échappant au contrôle de la Cour de cassation. Qu'ils en usent sagement en ne posant pas *a priori* la règle que l'engagement solidaire de la femme ne peut avoir d'utilité pour le bénéficiaire, s'il ne lui permet pas d'exercer l'hypothèque légale. Ce n'est qu'avec cette réserve que nous adoptons le système de la jurisprudence, et cette réserve, croyons-nous, est également admise par nos tribunaux.

RENONCIATION

A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE

PRÉVUE PAR LA LOI DE 1889.

Les conventions que nous avons étudiées sont toutes régies par la loi du 23 mars 1855. Il s'agissait d'hypothèses où la femme consentait une subrogation, au sens large du mot, en mettant en son lieu et place, dans une partie ou dans la totalité des droits que la loi lui confère, une autre personne qui en est à l'avenir investie, qui peut les exercer en son lieu et place. Ce ne sont que les diverses faces d'un même contrat dont les applications diverses ont reçu des noms différents.

La convention que nous allons étudier se réfère à une situation toute différente. La femme intervient, non en faveur d'un créancier, mais en faveur d'un acquéreur d'immeubles grevés de son hypothèque légale. L'hypothèse est toute différente. Le créancier cherchait à acquérir une garantie supplémentaire. L'acquéreur, lui, n'en a pas besoin. Il cherche uniquement à se protéger contre une éviction possible, tout au moins contre toute perte de deniers. Le danger qu'il court est d'une double nature : 1° L'immeuble qu'il acquiert est grevé de l'hypothèque légale de la femme ; 2° il peut être grevé en outre d'hypothèques prises par des créanciers du mari.

Pour le premier cas, l'acquéreur, afin d'obtenir pleine sécurité, n'a nullement besoin d'acquiescer le droit de la femme. Celle-ci n'a pas besoin de lui transmettre son hypothèque. Elle l'anéantit purement et simplement. Tout ce que l'acquéreur désire et obtient, c'est que la femme ne lui opposera pas dans l'avenir son hypothèque. En un mot, la femme renonce à son égard au droit de suite, de sorte que l'immeuble qu'il achète se trouve en définitive purgé de l'hypothèque de la femme.

Pour le second cas, cette simple renonciation serait insuffi-

sante à le protéger. Les créanciers hypothécaires conservent leur droit hypothécaire intact et peuvent le poursuivre. S'il a payé son prix ou une partie du prix, il est exposé à perdre à la fois l'immeuble et son argent. La renonciation, dans cette hypothèse, doit-elle être considérée comme ayant une portée plus large ? Au lieu d'être purement extinctive, produit-elle un effet translatif ?

En tout cas, il ne faut pas confondre cette renonciation avec la renonciation *in favorem*, subrogative, prévue et réglementée par la loi de 1855.

L'article 9 de la loi de 1855 qui réglementa la subrogation à l'hypothèque légale débute par ces mots : « Dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer... » Cette dernière expression donna bientôt lieu à une vive controverse. Comprendait-elle toute espèce de renonciation ou seulement la renonciation *in favorem* ? Nous n'insisterons point sur cette controverse, qui est en dehors des limites que nous avons tracées à notre sujet, puisqu'elle n'a trait qu'à une simple question de formes. Elle a abouti à la loi du 13 février 1889 qui réglementa la renonciation au profit du tiers acquéreur.

Cette loi ne contient qu'un article ainsi conçu :

« Article unique : Il sera ajouté à l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 une disposition ainsi conçue : La renonciation par la femme à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés de cette hypothèque en emporte l'extinction et vaut purge à partir, soit de la transcription de l'acte d'aliénation si la renonciation y est contenue, soit de la mention faite en marge de la transcription de l'acte d'aliénation si la renonciation a été consentie par acte authentique distinct.

« Dans tous les cas, cette renonciation n'est valable et ne produit les effets ci-dessus que si elle est contenue dans un acte authentique.

« En l'absence de stipulation expresse, la renonciation par la femme à son hypothèque légale ne pourra résulter de son concours à l'acte d'aliénation que si elle stipule soit comme covenderesse, soit comme garante ou caution du mari.

« Toutefois, la femme conserve son droit de préférence sur le prix, mais sans pouvoir répéter contre l'acquéreur le prix

ou la partie du prix par lui payée de son consentement, et sans préjudice du droit des autres créanciers hypothécaires.

« Le concours ou le consentement donné par la femme, soit à un acte d'aliénation contenant quittance totale ou partielle du prix, soit à l'acte ultérieur de quittance totale ou partielle, emporte même, à due concurrence, subrogation à l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu, au profit de l'acquéreur, vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs en rang ; mais cette subrogation ne pourra préjudicier aux tiers qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme sur d'autres immeubles du mari, à moins que l'acquéreur ne se soit conformé aux prescriptions du paragraphe premier du présent article.

« Les dispositions qui précèdent sont applicables à la Guadeloupe, à la Martinique et à la Réunion. »

Laissons de côté les réglementations de formes que le législateur introduit. Il commence par décrire l'effet principal et direct de la renonciation à l'hypothèque légale au profit du tiers acquéreur. Il en précise la portée par cette expression : « elle vaut purge ». Par là, il indique que la renonciation fait disparaître l'hypothèque comme le ferait la purge. Nous verrons si cette assimilation est tout à fait exacte. Puis il examine les effets de la renonciation. Elle n'éteint que le droit de suite. Le droit de préférence survit. Il faut alors réglementer le maintien de ce droit de préférence. Quel sera à cet égard l'effet du paiement du prix opéré par l'acheteur entre les mains du mari et du consentement de la femme ? La loi y voit une renonciation au droit de préférence. Puis elle étudie les cas où la renonciation sera translatrice et équivaldra à une véritable subrogation, et dans quelles mesures et sous quelles conditions vis-à-vis des tiers. La loi détermine également dans quels cas il y aura renonciation tacite.

Nous examinerons d'abord la nature de la renonciation de la loi de 1889 : est-elle abdiquative ou translatrice ? Puis les cas où il y a renonciation. Enfin nous étudierons les effets de la convention.

PREMIÈRE PARTIE

CARACTÈRES DE LA RENONCIATION

CHAPITRE I

NATURE DE LA RENONCIATION

Afin de pouvoir étudier clairement la question, rappelons les avantages procurés à l'acquéreur d'immeubles par la renonciation de la femme à son hypothèque légale.

Un premier intérêt pour le tiers acquéreur apparaît clairement : la femme ne pourra plus l'évincer de l'immeuble qu'il vient d'acquérir en exerçant le droit de suite attaché à l'hypothèque légale. Cette extinction de l'hypothèque légale sera suffisante s'il n'existe pas d'autres créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble.

Mais supposons l'immeuble vendu grevé d'une autre hypothèque légale, primée par celle de la femme, celle d'un mineur par exemple. L'acquéreur, malgré la renonciation de la femme qui le met à l'abri des poursuites de celle-ci, n'échappera pas néanmoins à celles du mineur, s'il n'a en sa possession un droit préférable à lui opposer. La femme pourrait le lui procurer en le subrogeant. L'éviction serait alors inévitable, mais il n'y aurait pas pour l'acquéreur perte à proprement parler. Il rentrera dans la somme qu'il a versée. L'acquéreur, il est vrai, aboutirait au même résultat en recourant à la purge. Mais nous avons montré combien ce procédé était long et dispendieux.

La renonciation de la femme à l'hypothèque légale qui évite toutes ces complications sera donc préférable et presque toujours préférée. Mais aboutit-elle au même résultat ? N'est-elle efficace qu'au point de vue de l'action de la femme ? Ou peut-elle l'être à l'égard des autres créanciers hypothécaires postérieurs comme le serait une véritable renonciation ?

Si les parties se sont expliquées à ce sujet, rien de plus simple que de fixer la nature de la renonciation, à supposer naturellement que les conditions de formes aient été respectées.

Mais, dans le doute sur leurs intentions, les circonstances, font observer MM. Aubry et Rau (*loc. cit.*, n° 288 bis, 4°), peuvent seules servir à les interpréter. « Quant à la renonciation consentie en faveur d'un acquéreur d'immeubles du mari, elle est simplement abdicative lorsqu'il n'existe pas sur ces immeubles d'hypothèques postérieures en rang à celle de la femme, parce que, dans ce cas, elle ne peut avoir d'autre objet que de mettre l'acquéreur à l'abri de l'exercice de l'hypothèque légale de la part de la femme elle-même ou des créanciers auxquels elle pourrait ultérieurement la céder. Au cas contraire, on doit la considérer comme translatrice, en ce sens que l'acquéreur qui, après avoir payé son prix, se trouve obligé de purger ou de délaisser, peut, dans l'ordre ouvert sur le mari, exercer, à l'encontre des créanciers postérieurs en rang à la femme, les droits hypothécaires de celle-ci. » Dans le même sens Mourlon (*Transcription*, n° 975).

Ce système est loin d'être admis par tous les auteurs.

Certains d'entre eux, parmi lesquels M. Pont, prétendent que la renonciation ne peut produire que des effets extinctifs. (*Priv. et Hyp.*, t. I, n° 484.)

« La renonciation, dit-il, est purement extinctive ou plutôt il y a moins ici une renonciation proprement dite que l'extinction de l'hypothèque légale au profit du tiers acquéreur sur l'immeuble dont il a fait l'acquisition », et, suivant M. Coin-Delisle, cité par Pont (*loc. cit.*), « le concours solidaire de la femme à la vente que fait le mari ou son cautionnement à la même vente n'opèrent ni cession ni renonciation translatrice de l'hypothèque légale en faveur de l'acquéreur dans le sens de l'article 9 de la loi du 2 mars 1855 : ils en opèrent l'extinction, par l'effet même de la convention à l'égard de la chose vendue : c'est l'extinction par remise de dette, ou, pour parler plus strictement, par remise ou libération du gage. »

Pour les partisans de ce système, l'acte consenti par la femme sous le nom de renonciation équivaut à une extinction de ses droits, et toute théorie qui tendrait à changer la nature de cet acte selon les besoins de l'acquéreur est purement arbitraire (MÉRIGNIAC, *op. cit.*, n° 137) : Le droit de la femme est éteint, il ne peut pas se transférer ou, en d'autres termes, la femme prend l'engagement de ne pas se servir de son droit de

suite pour inquiéter l'acquéreur. Mais elle ne lui cède nullement son droit de préférence sur le prix : c'est à lui de ne payer qu'en bonnes mains et d'éviter les poursuites éventuelles des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme.

Cette théorie repose tout entière sur l'interprétation d'un mot : pour MM. Pont, Coin-Delisle, Mérignhac, renoncer veut forcément dire éteindre. Il est plus juste, selon nous, de rechercher dans l'intention probable des parties la nature du contrat qu'elles ont conclu. Il ne serait plus juste alors de dire avec M. Mérignhac qu'on la change suivant le besoin de l'acquéreur : La renonciation sera extinctive ou translatrice dès le début. L'interprétation de la convention reviendrait le cas échéant au juge du fond.

D'autres auteurs enfin, et à leur tête Proudhon considèrent la renonciation au profit de l'acquéreur comme translatrice dans tous les cas. « L'aliénation du fonds consenti par les deux époux opérerait nécessairement au profit de l'acquéreur le transport de tous les droits des vendeurs : La femme n'aliénerait pas moins son droit d'hypothèque que le mari son droit de propriété puisque l'acte de vente consenti simultanément par eux emporterait par sa nature la cession des droits que l'un et l'autre avaient dans la chose. » (*Usufruit*, V, 2340.)

Si la théorie précédente paraît un peu étroite et rigoureuse pour les parties dont elle méconnaît les intentions probables, celle de Proudhon mérite le même reproche en sens inverse. Pourquoi investir forcément l'acquéreur des droits de la femme si, par exemple, étant donnée l'absence de créanciers hypothécaires postérieurs, il a voulu seulement libérer l'immeuble ? Une telle transmission n'a aucun intérêt. Pourquoi dès lors la supposer ?

La théorie qui tient compte de l'intention probable des parties est la plus séduisante. Mais est-elle conforme à la loi du 13 février 1889 ? Il est permis d'en douter.

La loi de 1889 est très nette sur ce point. Elle ne crée pas un droit nouveau, mais elle a uniquement pour but de mettre fin aux discussions soulevées par l'article 9 de la loi de 1855. Elle s'occupe de sauvegarder les intérêts de la femme et non ceux de l'acquéreur.

Ces deux intérêts apparaissent dans la rédaction du texte : Les deux premiers paragraphes concernent l'acquéreur dont la situation est très nette : la purge est opérée et la femme ne peut plus invoquer le droit de suite à l'encontre de l'acheteur de l'immeuble. Les deux derniers paragraphes au contraire protègent la femme. Ils lui conservent son droit de préférence sur l'immeuble vendu. Mais la femme peut disposer à nouveau de ce droit comme elle pouvait disposer de l'hypothèque entière ; elle peut le céder : elle peut subroger dans ses effets le tiers acquéreur, à l'encontre des créanciers postérieurs inscrits sur l'immeuble ; elle peut y renoncer au profit de son mari et lui laisser toucher le prix de vente.

En présence de ce texte, il est maintenant absolument inutile de discuter le point de savoir si la renonciation doit être considérée comme extinctive ou translatrice. Elle est certainement extinctive. Mais alors faisons comme la loi elle-même la distinction entre le droit de suite et le droit de préférence. Le droit de suite, la femme l'abandonne toujours par la renonciation. Mais conserve-t-elle forcément et dans tous les cas son droit de préférence ? Cette survivance paraît être l'effet normal de la convention. Ce n'est là qu'une application du principe que les renonciations sont de droit étroit. Il est possible que la femme, en renonçant à son hypothèque légale sur l'immeuble vendu par le mari, ait voulu seulement dispenser l'acquéreur de la nécessité de purger, le mettre en sécurité, sans qu'il ait à remplir cette formalité. Il est possible aussi qu'elle ait voulu en outre renoncer au droit d'exercer son hypothèque sur le prix et procurer de l'argent au mari. Dans le doute, la loi se décide avec raison pour la première hypothèse. Mais cette présomption de la loi n'est qu'une « présomption *juris tantum* » qui tombe devant la preuve contraire, ce n'est là qu'une règle interprétative de la volonté des parties à laquelle elles peuvent déroger. (Wable, *Thèse*, p. 222). Or, pour être logique, si l'on admet avec la loi de 1889 que le consentement de la femme au paiement du prix, lorsque le prix est payé comptant, fait produire à la renonciation son effet absolu et entraîne à la fois extinction du droit de suite et subrogation au droit de préférence, ne doit-on pas, *a fortiori*, malgré le silence de la convention sur ce point, admettre également la subrogation de

l'acquéreur au droit de préférence lorsqu'il a payé postérieurement le prix ou partie du prix du consentement de la femme si l'immeuble est grevé d'hypothèques postérieures en rang à celle de la femme. L'acquéreur, en effet, ne serait pas en sécurité si la femme ne lui cédait son droit de préférence. Qu'il soit évincé, ce sera peut-être fâcheux pour lui, en tout cas c'est une éventualité que la femme ne saurait empêcher, mais qu'au moins, il rentre dans son argent. (*Argt* § 4 de la loi de 1889.)

Cette manière d'envisager la renonciation de la femme ne nous paraît pas contraire à l'esprit de la loi de 1889. Cette loi n'a fait que poser une règle générale, déterminer dans ses grandes lignes l'effet de la convention. Mais elle n'a pas résolu et ne devait pas résoudre tous les cas qui pouvaient se poser. Dès lors les tribunaux conservent leur pouvoir d'appréciation. S'il est un principe sûr, c'est que les conventions doivent s'exécuter de bonne foi. La principale hypothèse où l'acquéreur a besoin du droit de préférence de la femme est celle où il a versé des fonds. S'il est ensuite poursuivi par les créanciers hypothécaires inscrits, il pourra ainsi rentrer dans son argent. S'il n'a pas eu la prudence de s'assurer si la femme était consentante, tant pis pour lui. « *Nemo legem ignorare censetur.* » Mais si l'on admèt que la femme ait consenti et, que par une circonstance quelconque, elle n'ait pu figurer à l'acte de quittance, le maintien de son droit ressemblerait fort à un dol. Que l'on ne s'abuse pas toutefois sur la portée de notre solution. L'acquéreur serait alors obligé d'établir que la femme a donné son consentement et il pourrait peut être échouer devant les difficultés de la preuve. Mais ce n'est pas une raison suffisante pour nous empêcher de décider que théoriquement il sera subrogé au droit de préférence de la femme.

CHÂPITRE II

CAS DANS LESQUELS IL Y A RENONCIATION

La loi de 1889 est sur ce point beaucoup plus précise que la loi de 1855. On sait que sous l'empire de la loi de 1855 on s'était demandé s'il était possible d'admettre les subrogations tacites. La loi que nous étudions ne permet pas de garder le moindre doute à ce sujet. Elle prévoit les renonciations expresse et les renonciation tacites.

I. — *Renonciation expresse.*

Elle résulte du consentement formel de la femme donné par la femme soit dans l'acte de vente, soit dans un acte ultérieur. Il n'est pas nécessaire en effet que la renonciation soit faite dans l'acte même d'aliénation. La femme peut faire cette même renonciation dans un acte ultérieur distinct de l'acte principal d'aliénation, et, sans prendre dans cet acte aucune qualité, sans s'obliger personnellement envers l'acquéreur, y faire mentionner purement et simplement sa renonciation.

La femme n'est pas tenue d'employer le mot même « renonciation ». Elle peut le remplacer par des équivalents. Il suffit que les expressions dont elle se sert ne laissent aucun doute sur son intention de renoncer. Ce point n'offre pas de difficultés sérieuses. Le seul doute qui pourrait s'élever dans l'esprit du juge porterait sur le point de savoir si la formule employée constitue la renonciation de la loi de 1889 ou la subrogation de la loi de 1855.

II. — *Renonciations tacites.*

En notre matière, sous l'empire de la loi de 1855, la jurisprudence considérait comme emportant renonciation tacite non seulement le concours de la femme à la vente d'un immeuble faite par le mari, à la constitution de dot d'un immeuble appartenant au mari, à l'acte d'apport dans une société d'immeubles communs ou propres, mais encore le moindre acte par lequel

la femme manifestait sa connaissance d'un acte d'aliénation. Il suffisait, par exemple, que la femme « se bornât à dire à la fin d'un acte qu'elle l'approuvait et le signât » (Lyon, 6 mars 1880, sous Cassation, 22 novembre 1880, S, 81, 1, 473), qu'elle eût simplement « assisté » (même arrêt) à la vente.

C'est cette jurisprudence, si large en ses appréciations, que la loi de 1889 a entendu faire cesser en laissant le moins de place possible à « l'arbitraire du juge ».

« En l'absence de toute stipulation expresse, la renonciation par la femme à son hypothèque légale ne pourra résulter de son concours à l'acte d'aliénation que si elle stipule soit comme covenderesse, soit comme garante ou caution de son mari. »

La loi de 1889 exige donc, pour qu'il y ait désormais renonciation tacite, la réunion des deux conditions suivantes :

1° Concours de la femme à l'acte d'aliénation ;

2° Engagement de la femme à titre de covenderesse, de garante ou de caution.

Le mot « concours » est pris par la loi dans un sens large. Il ne signifie pas « présence effective de la femme à l'acte ». Sinon la femme ne pourrait renoncer tacitement par mandataire ; or, l'interdiction de passer un acte par mandataire ne pourrait être admise que si elle résultait d'un texte formel. Il en résulte que la femme pourrait renoncer à son hypothèque légale si elle se portait, indépendamment de l'acte de vente, par un acte postérieur garante ou caution de la vente faite par le mari. Il en serait de même si le mari ayant vendu en se portant fort de sa femme, celle-ci ratifiait ensuite l'engagement pris pour elle par son mari. *Ratihabitio mandato æquiparatur*.

La deuxième condition est que la femme intervienne en qualité de covenderesse, garante ou caution. En dehors de ces cas, il ne sera pas permis au juge de décider qu'elle a accordé sa renonciation, alors même que sa volonté à cet égard apparaîtrait dans une autre stipulation de l'acte : on est d'accord pour reconnaître que l'énumération donnée par la loi de 1889 est limitative.

Ce n'est pas à dire que le juge soit absolument lié par la loi. Si la renonciation ne peut résulter d'autres situations que celles prévues par le législateur, celui-ci ne dit pas qu'elle se

présuamera toujours dans ce cas. Le juge pourra très bien décider que la femme, covenderesse ou caution, n'a pas entendu renoncer à son hypothèque légale. Ici, comme dans toute cette matière, le juge doit interpréter la volonté des parties.

D'autre part, il n'est pas nécessaire que l'on ait employé les expressions consacrées par la loi : « covenderesse, garante, caution. » Cette exigence serait en contradiction avec le principe que notre droit n'exige plus de termes sacramentels. Dans ce cas encore reparait le pouvoir d'interprétation du juge.

Quel est donc le principe qui doit guider le juge, le *critérium* qui lui permettra de faire rentrer avec exactitude sous les dénominations de la loi telle ou telle circonstance ? L'examen des travaux préliminaires montre qu'il faut de la part de la femme un engagement personnel, une obligation de garantie, sous une forme quelconque, pourvu qu'elle soit nettement formulée. Et ceci n'est pas en contradiction avec le caractère limitatif que nous avons reconnu à la loi de 1889. La limitation ne porte pas sur la forme du contrat, sur les termes dont on s'est servi, mais sur le fond des choses.

Le premier fait mentionné par la loi de 1889 comme emportant de la part de la femme renonciation tacite à son hypothèque légale est celui de figurer dans l'acte comme covenderesse. Ce n'est là qu'une application des règles de la garantie. (Art. 1625, C. civ.).

Mais quelle est la portée exacte du terme « covenderesse » ? Signifie-t-il venderesse en qualité de co-propriétaire ? Ou suffit-il que la femme « assure sur elle, conjointement ou solidairement avec son mari, les obligations de la vente ? La femme qui intervient dans la vente d'un immeuble propre au mari et qui s'oblige solidairement avec lui est-elle covenderesse ? » L'affirmative est unanimement admise. Pourvu que la femme s'engage personnellement, le vœu de la loi est rempli. Si dans le cas de la vente d'un immeuble propre du mari la femme s'engageait comme covenderesse, il y aurait certainement une erreur d'expression. Il serait plus logique pour la femme de se porter garante ou caution ; mais cette erreur n'aurait aucune influence sur la validité de la renonciation.

A un autre point de vue, si la loi veut que la femme s'engage comme covenderesse, elle ne précise pas à quel genre

d'aliénation elle doit concourir. On ne peut donc pas dire, puisque la loi ne l'a pas dit elle-même, que cette aliénation sera toujours et nécessairement une vente ni qu'elle ne pourra avoir lieu qu'à titre onéreux. Aussi assimile-t-on à la vente l'échange et la dation en paiement, la transaction aboutissant à la transmission d'un immeuble du mari ou de communauté, la donation faite par la femme conjointement avec son mari soit d'un bien de celui-ci, soit d'un bien commun. « Si dans ce dernier cas, dit M. Wable (*Thèse*, p. 164), quelque doute pouvait subsister, il suffirait de voir dans la femme donatrice une garante, ce qui ne peut être contesté. En cas de constitution de dot les articles 1440 et 1547 du Code civil sont formels. Dans toutes les autres hypothèses la femme doit toujours répondre de l'éviction qui procède d'un fait personnel : il y a une obligation dont elle est tenue, c'est de respecter la convention qu'elle a consentie. » (Dans le même sens Demolombe, t. 20, n° 550.)

Le cas où la femme s'engage comme garante n'appelle pas d'observations particulières. C'est le même principe qui est en jeu : la garantie de l'éviction.

La troisième qualité que la femme peut prendre est celle de caution. Ce dernier fait a été introduit à la suite d'un amendement de M. Lisbonne sans que rien, dans les travaux préparatoires, permette de découvrir les motifs de cette addition. Elle a d'ailleurs été très vivement critiquée. D'après M. Escorbiac (*Lois nouvelles*, 1889, p. 188 et s.), elle constitue une violation des principes essentiels du cautionnement. La caution, dit-il, bien qu'elle engage ses biens à la garantie de l'exécution d'une obligation, conserve néanmoins l'intégralité de son patrimoine. Au contraire, la loi de 1889 fait perdre de plein droit et d'une manière absolue à la femme son droit d'hypothèque sur l'immeuble vendu. D'autre part, l'obligation de la caution purement subsidiaire emporte le bénéfice de discussion. Comment ce bénéfice de discussion, qui est de droit commun, a-t-il été enlevé à la femme, caution pure et simple ? Si le mari emprunte une somme d'argent et que la femme cautionne le prêt, de l'aveu de tous, ce cautionnement ne peut entraîner l'abandon de son hypothèque. Pourquoi en serait-il autrement lorsque la femme cautionne la vente faite par le mari d'un immeuble grevé de l'hypothèque légale ? Son engagement dans le

second cas ne change pas de nature ; il a le même caractère que dans le premier.

Ces critiques sont généralement repoussées. M. Escorbiac n'a pas tenu compte suffisamment de l'influence que l'obligation de garantie exerce sur l'obligation de la caution. La caution à qui on oppose l'exception de garantie ne peut invoquer le caractère subsidiaire de son obligation ni invoquer le bénéfice de discussion. Pothier avait déjà examiné théoriquement le cas et réfuté par avance M. Escorbiac.

En dehors de ces trois cas, la renonciation tacite ne saurait s'induire d'autres circonstances, quelque probantes qu'elles paraissent. Ainsi, en dehors soit d'une renonciation expresse, soit de l'une des hypothèses précitées, la femme à qui on opposerait qu'elle a renoncé à son hypothèque légale pourrait néanmoins exercer tous les droits que cette hypothèque lui confère et repousser toutes les prétentions des tiers basées sur la prétendue renonciation. Pourquoi se demander et examiner avec soin quand il y a nullité et par qui elle peut être proposée. Cette question ne peut se poser. Il n'y a pas à faire déclarer nul un acte qui n'a jamais existé, mais seulement à faire tenir pour non avenues par le juge les prétentions qui se baseraient sur une renonciation inexistante. (WABLE, *Thèse*, p. 169.)

La renonciation tacite suppose valable l'acte d'aliénation dans lequel elle figure. Si cet acte est annulé la renonciation tombe : *Acessorium sequitur principale*. Par suite, la femme recouvre l'exercice de ses droits hypothécaires et doit être colloquée sur le prix de l'immeuble par préférence à l'acquéreur créancier de la restitution du prix, dans le cas où la résolution a été prononcée contre lui aussi bien que dans le cas où elle a été admise à son profit. (Cassation, 13 juillet 1874, S., 75, 1, 145.) Cette solution a été contestée pour ce motif que « lorsque l'acheteur fait prononcer la résolution, la justice ne l'admet que sous l'obligation par le vendeur de restituer à l'acheteur le prix payé par ce dernier. Et la femme ne pourrait, par suite, tirer parti de cette résolution sans que l'acheteur ait été désintéressé d'une façon complète. La résolution n'interviendrait donc que conditionnellement, demeurant subordonnée à cette condition que toutes parties seraient remises en même et semblable état qu'avant le contrat. Pour que l'hypothèque

revive et puisse être opposée au droit de rétention de l'acquéreur, il faudrait qu'elle ne retirât pas sa restauration du fait de la résolution lui-même, et ce, sans distinguer si la résolution a été prononcée pour ou contre l'acquéreur. (BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *op. cit.*, II, n° 1071. Cassation 31 mars 1851, S., 51, I, 305.)

M. Huc (*Commentaire du Code civil*, XIII, n° 296) combat cette argumentation et avec raison : « La résolution n'est nullement conditionnelle. La justice la prononce, en tout cas, purement et simplement. La résolution produit immédiatement son effet rétroactif. La propriété est de plein droit replacée sur la tête du vendeur ; par suite, l'hypothèque légale doit être traitée comme n'ayant jamais disparu ; et la femme a ainsi le droit de se faire colloquer sur le prix de l'immeuble par préférence à l'acheteur créancier de la restitution du prix. Ce dernier, du reste, devait prévoir la situation qui lui est faite, car, après avoir réclamé la renonciation de la femme, il a provoqué une résolution devant avoir pour effet de faire tomber la renonciation. »

La loi de 1889 a attiré de nombreuses critiques. Lors de la discussion au Sénat, M. Clément avait vivement insisté sur le danger et l'inutilité d'indiquer d'une façon limitative et spéciale les formes de la renonciation tacite à l'hypothèque légale. C'était détruire l'harmonie de la loi de 1855 et créer entre les deux parties de l'article 9 lui-même une anomalie inexplicable. Sans doute, on a voulu prévenir les discussions sur la portée du concours de la femme. Le but est-il atteint ? Il serait permis d'en douter. Le pouvoir d'appréciation des juges n'est que déplacé. La renonciation tacite ne résulte que de l'engagement de la femme comme covenderesse : garante ou caution, soit, mais dans quel cas la femme est-elle covenderesse, garante ou caution ? Cette critique est-elle bien fondée ? A un double point de vue la solution nouvelle peut se justifier. D'abord, sans doute, le juge conservera une certaine liberté d'appréciation, mais combien son rôle est plus facile et moins « arbitraire » lorsqu'un texte précis existe et qu'il n'a plus qu'à l'interpréter. Que l'on se rappelle les divergences des diverses théories en matière de subrogation tacite ! En second lieu, au point de vue pratique, que de facilités pour les parties et les gens d'affaires !

La femme saura très bien que son engagement comme coven-deresse, garante ou caution emporte renonciation à son hypothèque égale. Par suite, si elle ne veut pas renoncer, elle ne sera pas surprise par l'interprétation de son intervention, comme elle pourrait l'être en matière de subrogation. La limitation de la loi de 1889 n'est d'ailleurs point gênante. Elle a prévu les cas habituels dans lesquels la femme viendra se joindre à l'acte du mari. Si la femme, en dehors de ces cas, voulait renoncer sans contracter d'engagement, elle n'aurait qu'à agir par voie de renonciation expresse. Cette première critique n'est donc pas fondée. L'usage a d'ailleurs démontré que ce n'étaient là que des craintes chimériques. Une réglementation analogue, au contraire, en matière de subrogation ne serait pas inutile et supprimerait bien des difficultés.

Une autre critique a été formulée, — et sur ce point nous devons reconnaître que la décision de la loi est excessive. Le rapporteur au Sénat, M. Merlin, en faisant admettre le texte qui régit la renonciation tacite, paraît avoir été surtout sous l'empire de cette idée que la renonciation tacite doit nécessairement résulter d'une obligation personnelle prise par la femme vis-à-vis de l'acquéreur. Le critérium admis par notre législateur ne repose-t-il pas sur une idée fausse ? Aucun principe juridique n'autorise à exiger que celui qui veut abdiquer un droit soit mis dans la nécessité de contracter une obligation. On peut très bien concevoir que la femme renonce, c'est-à-dire fasse l'abdication d'un droit, sans contracter d'obligation, et sa simple présence à l'acte peut très raisonnablement s'interpréter en ce sens. N'est-il pas contradictoire d'exiger cet engagement en matière de renonciation tacite alors que pour la renonciation expresse cette nécessité n'est pas imposée à la femme.

En outre, le législateur en ne faisant résulter la renonciation tacite de la femme que d'une obligation, l'a rendue, comme on l'a fait remarquer, plus onéreuse que la renonciation expresse. La renonciation tacite telle que l'a organisée la loi de 1889 comprend non seulement une renonciation au droit d'hypothèque légale, c'est-à-dire une renonciation au droit de suite puisque la femme conserve toujours son droit de préférence, — la loi ne distingue pas, — mais en outre une obligation dont

la femme ne peut exactement calculer la portée. La femme doit garantie à l'acquéreur. Si l'on se conforme aux principes généraux en matière de garantie, la femme sera tenue d'arrêter la surenchère portée par un créancier hypothécaire. Or, en conservant à la femme son droit de préférence, le législateur fait échec « à la principale obligation résultant pour la femme de son obligation de garantie et qui était de mettre l'acquéreur à l'abri de toute éviction ou de lui restituer le prix. Mais la loi n'a pas exonéré la femme, si celle-ci laisse consommer l'éviction, de cet autre chef de l'obligation de garantie qui consiste à indemniser l'acquéreur du préjudice que l'éviction lui cause. » Aussi, prévoyait-on, et les événements ont montré la justesse de ces prévisions, que la renonciation tacite serait très peu employée : d'autant plus que les formalités exigées étant les mêmes, il n'y a pas de motifs à employer l'une plutôt que l'autre. MM. Mérignhac donnent même le conseil, si la femme se décide pour la renonciation tacite de ne s'engager que comme caution afin de pouvoir opposer au créancier le bénéfice de discussion des articles 2021 et suivants du Code civil.

DEUXIÈME PARTIE

DES EFFETS DE LA RENONCIATION

Les effets de la renonciation par la femme à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur sont déterminés par les §§ 1 et 4 de la loi du 13 février 1889. D'après le § 1 « elle emporte extinction de l'hypothèque et vaut purge » ; et d'après le § 4, « toutefois la femme conserve son droit de préférence sur le prix, mais sans pouvoir répéter le prix ou la partie du prix par lui payée, de son consentement, et sans préjudice du droit des autres créanciers hypothécaires. »

Tels sont les effets normaux de la convention. Nous étudierons donc dans deux chapitres distincts :

- 1° L'extinction du droit de suite ;*
- 2° La survie du droit de préférence.*

Mais, comme nous l'avons déjà fait remarquer, ce n'est qu'une présomption de la loi. La femme, rien ne l'en empêche, peut disposer du droit de préférence. Dans un troisième chapitre, nous étudierons les effets de la transmission du droit de préférence.

CHAPITRE I

EXTINCTION DU DROIT DE SUITE

La loi de 1889 dans son § 1 dit que « la renonciation par la femme à son hypothèque légale... en emporte l'extinction et vaut purge ». Cette expression attire un certain nombre d'explications, car, prise à la lettre, elle pourrait induire en erreur.

Tout d'abord, la formule employée contient une erreur d'expression en disant que l'hypothèque légale est éteinte par la renonciation. Elle n'emporte que l'extinction du droit de suite et c'est ce qu'expriment mieux le § 4 de la loi et l'expression « vaut purge » du § 1.

Il ne faut pas prendre non plus cette dernière expression à la lettre. Le tiers acquéreur va se trouver à l'abri du droit de suite de la femme, ce qui équivaut pour lui à l'accomplissement des formalités de l'article 2195 du Code civil. Mais il n'est pas possible de faire une assimilation absolue entre la renonciation et la purge. Entendre ainsi les mots « vaut purge » constituerait une erreur. La loi n'a pas entendu assimiler les deux opérations. Elle a simplement voulu indiquer que le droit de suite est éteint également par l'un et l'autre procédé. Mais il existe entre eux des différences considérables qui les séparent relativement à l'effet respectif qu'elles produisent eu égard au droit de suite.

Lorsque l'acquéreur d'un immeuble du mari recourt à la purge, la femme, avons-nous vu, a, en vertu de l'article 2195 du Code civil, un délai de deux mois pour prendre un parti. Elle doit dans ce délai, d'après la jurisprudence, s'inscrire et surenchérir. A défaut d'inscription dans le délai de deux mois, son droit de suite est éteint, mais son droit de préférence survit, (art. 772, C. Pr. civ.). Pour l'exercer elle doit se conformer aux délais, formes et conditions indiqués par l'article 717 du Code de procédure civile. Si la femme s'est inscrite dans le délai de deux mois, le droit de suite que lui assure son inscrip-

tion subsiste jusqu'au jour du paiement. En vertu du bordereau de collocation qu'elle aura obtenu dans l'ordre, elle pourra, à défaut du paiement, poursuivre la revente de l'immeuble, soit par la voie de la folle enchère, soit par une poursuite en saisie immobilière. Si elle a pris soin de renouveler et de conserver son inscription prise, elle pourra exercer son droit de poursuite, non seulement contre l'acquéreur chargé de payer son bordereau, mais encore contre tout autre sous-acquéreur.

Au contraire, la femme qui renonce consent à abandonner spontanément son droit de suite. Pour ce résultat, aucun délai. La renonciation produit immédiatement son effet. La femme ne peut plus agir contre l'acquéreur, ni par voie de délaissement, ni par voie de surenchère du dixième, sanction du droit de suite. Elle conserve uniquement son droit de préférence. Par suite, la femme ne pourrait pas procéder contre l'acquéreur par la voie de saisie immobilière qui suppose le droit de suite, ni par la procédure de folle enchère puisqu'elle a aliéné de gré à gré. Elle ne pourrait qu'exercer, en vertu de l'article 1166 du Code civil, les droits et actions de son mari qui a consenti la vente (par exemple le privilège accordé par l'article 2103, § 1 du Code civil au vendeur d'immeuble, ou l'action résolutoire), pourvu, bien entendu, que ces divers droits eussent été régulièrement conservés.

Mais que faut-il entendre exactement par ces mots : « extinction du droit de suite » ? Les interprètes de la loi de 1889 ne sont pas d'accord sur ce point. Dans une première opinion soutenue notamment par M. Dalmbert (*Purge des hypothèques*, p. 354, n° 12), on prétend que la « renonciation au profit de l'acquéreur a pour effet, non d'éteindre le droit de suite, mais de détacher l'hypothèque légale de l'immeuble qu'elle affranchit et de la reporter sur le prix qui, par une fiction légale, devient au respect de la femme, la représentation de l'immeuble ». Par la renonciation, l'hypothèque légale « serait convertie en un droit sur le prix ». En effet, si l'on prenait à la lettre les termes de la loi : en emporte l'extinction et vaut purge, il faudrait assimiler l'effet de la renonciation au profit de l'acquéreur à celui de la purge faite en vertu des articles 2195 et s. du Code civil. Cette interprétation de la loi ne serait pas exacte. La commission du Sénat avait fait ajouter au pro-

jet voté primitivement par la Chambre des députés un paragraphe ainsi conçu : « Toutefois la femme conserve son droit de préférence sur le prix, conformément aux articles 717 et 772 du Code de procédure civile. » Or, le législateur ne s'est pas contenté de supprimer le renvoi aux articles 717 et 772 qui soumettent à des restrictions notables l'exercice du droit de préférence de la femme sur le prix, mais il dispose en outre que l'acquéreur ne peut, sans le consentement de la femme, se libérer valablement de son prix en le payant au mari ou au cessionnaire de ce dernier. Il résulte bien de là que la renonciation au profit de l'acquéreur n'éteint pas le droit de suite, mais déplace l'hypothèque légale : l'immeuble vendu en est libéré, mais elle est reportée sur le prix qui, par une fiction légale, remplace l'immeuble dans l'intérêt de la femme.

Cette opinion est inadmissible. Les termes de la loi sont formels. A eux seuls les § 1 et 4 montrent que telle n'a jamais été la pensée du législateur de 1889 : d'une part il déclare que le droit de suite est éteint ; d'autre part, dans le § 4 il dit : « toutefois la femme conserve son droit de préférence sur le prix ». Or, on ne conserve que ce qu'on a déjà. Comment, dès lors, supposer l'intervention d'une fiction qui aurait pour résultat de transformer un droit en un autre ? La loi reconnaît bien, au profit de la femme, l'existence de deux droits distincts : le droit de suite et le droit de préférence. Elle déclare l'un éteint, l'autre conservé. Comment être plus précis ? Les travaux préliminaires, invoqués dans l'opinion précédente, lui sont absolument contraires. M. Merlin, rapporteur au Sénat, s'exprimait ainsi : « Vous savez que l'hypothèque donne un double droit ; le droit de suite et le droit de préférence. Le droit de suite, la femme l'abandonne incontestablement au profit de l'acquéreur envers lequel elle s'est obligée ; mais elle conserve et elle doit conserver, malgré la purge qui résulte de la renonciation, le droit de préférence sur le prix. » (Séance du Sénat, 6 février 1888.) Le législateur a donc certainement voulu établir la distinction du droit de suite et du droit de préférence et placer l'acquéreur dans la même situation que si, la purge opérée conformément aux articles 2193 et s. du Code civil, il n'était intervenu aucune inscription dans le délai. Les explications du rapporteur, le renvoi fait tout d'abord aux articles 717 et

772 du Code de procédure en témoignent nettement. La suppression du renvoi à ces articles implique-t-elle un changement quant à la nature de la renonciation ? Nullement. Des modifications ont été apportées, mais nous verrons en étudiant la survivance du droit de préférence que ces changements ont porté uniquement sur l'étendue du droit de préférence et les conditions sous lesquelles il pouvait être exercé. Quant à l'effet extinctif relativement au droit de suite, produit par la renonciation, et quant à la nature du droit de préférence, rien n'a été modifié.

Cette extinction du droit de suite, due à la renonciation, se produira entre les parties par le seul fait de la convention. Vis-à-vis des tiers, la renonciation ne sera définitive qu'à partir de la transcription de l'acte d'aliénation ou de la mention en marge de cette transcription.

La femme ayant renoncé à son droit de suite ne peut plus en disposer en faveur d'autres personnes. Il faut cependant prévoir le cas où, postérieurement à la renonciation, la femme consentirait à un créancier une subrogation à son hypothèque légale et où celui-ci remplirait toutes les formalités exigées pour la validité de la subrogation. De deux choses l'une : ou bien l'acquéreur n'a pas encore rempli les formalités exigées par la loi de 1889 pour la publicité de la renonciation et la subrogation produira ses effets contre lui. Le subrogé pourra opposer le défaut de transcription ou de mention marginale au bénéficiaire de la renonciation. Il a en effet « un droit sur l'immeuble et l'a conservé conformément aux lois ». — Ou bien l'acquéreur s'est mis en règle avec la loi de 1889 et alors la subrogation ne lui est pas opposable. Elle ne lui est pas opposable en ce sens que, pas plus que la femme, le subrogé ne pourra exercer contre lui le droit de suite attaché à l'hypothèque légale. Ce droit, la femme n'a pu le transmettre. Il était anéanti. Mais la femme avait conservé son droit de préférence. Elle a pu valablement le transmettre et le subrogé, mis à la place de la femme, pourra, quant à ce dernier droit, exercer toutes les prérogatives de la femme.

Une autre question se greffe sur celle-ci. Pour rendre sa subrogation opposable aux tiers, le subrogé est obligé de requérir l'inscription de l'hypothèque légale ou tout au moins

une mention en marge de l'hypothèque inscrite. Le bénéficiaire de la renonciation a-t-il le droit d'exiger la radiation de l'hypothèque de la femme ?

Avant la loi de 1889 la question était controversée. Généralement on refusait à l'acquéreur le droit d'exiger la mainlevée de l'inscription prise. On prétendait, en effet, que l'inscription était nécessaire pour permettre à la femme d'exercer son droit de préférence. (Dijon, 17 novembre 1876, S. 77, 2, 261.) Et d'autre part la Cour de cassation décidait que ce droit de préférence ne pouvait être exercé par la femme renonçante qu'autant que le prix restait aux mains de l'acquéreur lorsqu'elle avait donné mainlevée de son inscription. (12 février 1868, D. 68, 1, 289).

Aujourd'hui, sous l'empire de la loi de 1889, la raison donnée plus haut n'existe plus, car la publicité n'est pas nécessaire pour la conservation du droit de préférence réservé à la femme contractante. Par conséquent, il semble donc que l'acquéreur a le droit de demander la mainlevée de l'inscription qu'avait prise la femme qui, depuis, a renoncé en sa faveur à son hypothèque légale. Si toutefois il est permis d'hésiter sur ce point, on ne saurait refuser à l'acquéreur le droit de faire mentionner la renonciation en marge de l'inscription. La femme, également, dans le cas où un ordre doit s'ouvrir aurait également avantage à ne donner mainlevée de l'inscription qu'en ce qui concerne le droit de suite. L'acquéreur ne saurait s'en plaindre et l'inscription ainsi conservée fournirait à l'avoué poursuivant les indications nécessaires pour la convocation de la femme qui doit être appelée à l'ordre. (*Sic* MÉRIGNHAC, *op. cit.*, pp. 309 et 310.)

Pour faire opérer la radiation de l'inscription, l'acte de renonciation sera-t-il suffisant ou une mainlevée est-elle en outre nécessaire ? Pour M. Wable (*Thèse*, p. 234), l'acte de renonciation suffit, parce que d'une part il renferme le consentement de la femme à la radiation de l'inscription de son hypothèque en tant qu'elle porte sur le droit de suite, et d'autre part, étant fait en la forme authentique (loi de 1889), il observe les prescriptions requises par l'article 2158 du Code civil. L'opinion contraire est cependant préférable. L'argumentation de M. Wable se heurte à une objection décisive : elle suppose que

le conservateur des hypothèques est juge de la validité et de l'efficacité de la renonciation. C'est chose inadmissible. Il faut donc décider que le conservateur, en l'absence de toute mainlevée, ne saurait radier l'inscription sur la simple présentation de l'acte de renonciation.

CHAPITRE II

CONSERVATION DU DROIT DE PRÉFÉRENCE

Le § 4 de la loi du 13 février 1889 maintient à la femme renonçante son droit de préférence sur le prix, mais sans qu'elle puisse répéter contre l'acquéreur le prix ou la partie du prix par lui payée de son consentement, et sans préjudice de droit des autres créanciers hypothécaires.

Ce § 4 est l'œuvre du Sénat. Dans le projet du gouvernement et dans celui de la Chambre, il n'y avait pas de dispositions à cet égard. Les pétitions des notaires étaient muettes sur ce point. On avait laissé le droit de préférence sujet aux règles qui le régissaient jusque-là. La commission du Sénat crut devoir éviter toute ambigüité. On assimilait la renonciation à la purge, il semblait logique d'assujettir la survie du droit de préférence aux prescriptions édictées en matière de purge. De là ce projet, simple rappel aux principes : « Toutefois, la femme conserve son droit de préférence sur le prix, conformément aux dispositions des articles 717 et 772 du Code de procédure civile. »

La rédaction proposée par le Sénat n'a pas été maintenue. On a écarté l'application des articles 717 et 772 du Code de procédure et l'on a adopté la disposition citée plus haut qui est celle du § 4 de la loi de 1889.

S'ensuit-il que le législateur ait voulu modifier la nature du droit de préférence réservé à la femme ? Evidemment non. En supprimant le renvoi aux articles 717 et 772 précités, on s'est préoccupé uniquement de la perte de ce droit, de la déchéance que pourrait encourir la femme par l'expiration d'un délai que l'on trouva trop court et trop rigoureux. « C'est à cause de cette déchéance, a dit M. Lacombe, qui s'induit forcément de l'article 772, que je demande de limiter le renvoi à l'article 717 et de ne pas l'étendre à l'article 772. J'ai pour but d'éviter la perte du droit de préférence qui résulterait pour

la femme de ce seul fait qu'un ordre ne serait pas ouvert dans les trois mois. » Ce résultat, admissible en cas de purge ordinaire, où la femme est prévenue par la notification de l'article 2194 du Code civil, ne se comprendrait pas au cas de renonciation où il n'y a ni purge, ni notification. « Ici, où l'extinction de son droit hypothécaire n'est que la conséquence plus ou moins connue par elle, ou plus ou moins présente à son esprit, de son consentement à l'aliénation, il est nécessaire de ne pas la priver de son droit de préférence par la simple expiration d'un délai et sans qu'elle ait été mise en demeure de le faire valoir. » L'observation était fort juste. On peut ajouter que la femme renonçante, n'ayant pas été mise en demeure de s'inscrire, n'a aucune négligence à se reprocher. Finalement, pour éviter toute assimilation entre la renonciation et les autres hypothèses où le droit de préférence survit par faveur spéciale au profit de la femme non inscrite, la commission du Sénat proposa lors de la deuxième délibération de supprimer tout renvoi, non seulement à l'article 772, mais encore à l'article 717 du Code de procédure civile.

On voit donc clairement que ce droit de préférence « conservé à la femme est l'un des attributs du droit d'hypothèque. Ce n'est pas, comme l'a prétendu M. Dalmbert, ni un droit nouveau ni le droit de suite transformé. C'est un droit identique au droit de préférence maintenu à la femme par les articles 717 et 772 du Code de procédure civile, lorsqu'une vente a eu lieu sur saisie et que la femme ne s'est pas inscrite avant la transcription du jugement d'adjudication ou lorsqu'à la suite d'une aliénation volontaire l'acquéreur a notifié son contrat conformément à l'article 2194 du Code civil, sans qu'il ait été pris d'inscription au nom de la femme dans le délai de deux mois. (BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, t. II, n^{os} 1484, 1485, 1489.)

M. Tissier (*Renonciation par la femme à son hypothèque légale*, n^o 17), assimile même cette situation à celle où se trouve la femme lorsqu'elle s'est inscrite dans le délai de deux mois de l'article 2194 du Code civil. Nous ne croyons pas cette assimilation exacte. Le droit maintenu par cet article au profit de la femme, n'est pas le droit de préférence démembré de l'hypothèque légale, c'est le droit de suite, transformé, en vertu de la purge en une créance sur le prix. Si les deux situations se

rapprochent en ce sens que, dans l'un et l'autre cas, le tiers acquéreur ne peut faire de paiement valable sans le consentement de la femme (art. 2194 et 2195 al. 2 et 3 C. civ., § 4 loi de 1889), il existe entre elles des différences qui empêchent toute assimilation.

La différence principale est la suivante : elle a trait aux conditions de temps dans lesquelles la femme peut exercer ce droit de préférence. En vertu de l'article 2195, § 1 du Code civil, la femme qui a laissé expirer le délai de deux mois de l'article 2194 du Code civil sans prendre inscription, est tenue, pour faire valoir son droit de préférence, de se présenter spontanément à l'ordre amiable avant sa clôture, et de produire à l'ordre judiciaire dans le délai de quarante jours fixé par l'article 754 du Code de procédure civile. Faute de le faire, la femme perd irrévocablement son droit de préférence. En tout cas, la femme ne reçoit aucun avertissement. Elle doit veiller elle-même, à ses risques et périls.

D'après la loi de 1889 au contraire, aucune limitation ne vient restreindre la durée du droit de préférence de la femme. Elle retombe sous l'empire du droit commun. Seule l'inaction prolongée pendant trente ans peut lui faire perdre son droit.

En résumé, nous pouvons conclure que :

1° L'exercice du droit de préférence conservé par la loi de 1889 n'est plus subordonné à la condition de l'ouverture d'un ordre dans les trois mois.

2° La distribution du prix faite sans le consentement de la femme ne serait pas valable et n'entraînerait pas sa forclusion. L'acquéreur doit avertir la femme. La portée du concours de la femme à l'acte d'aliénation a été nettement limitée. Il n'équivaut qu'à l'acceptation du prix. Le droit de préférence a été conservé. Il n'y a donc de surprise possible pour personne.

Il ne faudrait pas en conclure que la femme serait obligée d'attendre le bon vouloir de l'acquéreur. Elle pourra toujours provoquer l'ouverture de l'ordre. Et nous avons vu précédemment que, dans le cas où l'acquéreur devient insolvable, si elle ne peut agir contre lui par voie de saisie immobilière ni par la procédure de folle enchère, elle peut exercer les droits du vendeur, son mari, par application de l'article 1166 du Code civil.

La différence est donc bien nette. Les motifs qui l'ont fait adopter n'ont pas paru convaincants à tous les auteurs. On a regretté que le législateur n'ait pas soumis ce droit de préférence à des conditions déterminées et à un délai limité, d'autant plus qu'il s'écarte ainsi de l'esprit de la loi de 1858 qui avait tenu compte de l'intérêt de l'incapable et de l'intérêt du crédit public. Les inconvénients ne vont-ils pas reparaître avec cette aggravation que le droit de préférence sera occulté ? Un auteur, M. Escorbiac (*op. cit.*, p. 121), prétend même qu'il y a dans la loi de 1889 une source de collusions frauduleuses. Il cite l'exemple suivant : un individu achète un immeuble et la femme du vendeur consent une renonciation à son hypothèque légale. Le prix n'est pas payé. Par conséquent la femme conserve son droit de préférence et pourra l'exercer pendant trente ans. Le vendeur contracte un emprunt et donne en gage au créancier l'immeuble vendu. Le registre des inscriptions ne révèle aucune hypothèque sur le bien hypothéqué. L'immeuble est saisi. La femme intervient alors et prime le créancier qui sera ainsi surpris ne pourra s'en prendre qu'à sa propre négligence, car en traitant avec un homme marié, il connaissait l'existence de l'hypothèque légale de la femme. Il devait présumer ou tout au moins prévoir la renonciation que la femme pouvait avoir faite. S'il avait été soucieux de ses intérêts, il ne se serait pas contenté de consulter le registre des inscriptions, il aurait aussi consulté le registre des transcriptions. La loi offre un moyen de se renseigner. Elle ne peut venir au secours de négligences plus ou moins excusables.

Si l'on peut adresser un reproche au législateur de 1889, c'est d'avoir exagéré la protection accordée à la femme. Il semble avoir admis en règle générale que les femmes ignorent ou ne comprennent pas la portée des obligations qu'elles contractent. Peut-être. Mais ne les avait-il pas déjà protégées en imposant la nécessité d'un acte authentique ? Cet acte authentique sera presque toujours, sinon toujours, un acte notarié. Mais alors le notaire, et même en général l'officier public, dont

le rôle est de conseiller les parties qui recourent à son ministère, a dû indiquer à la femme la portée de son engagement. La loi semble avoir conservé des doutes à cet égard ; « cette authenticité tant vantée aurait-elle perdu de son efficacité et de sa vertu ? » (WABLE, *Thèse*, p. 247.)

Cette survivance du droit de préférence au droit de suite est dans notre droit un fait exceptionnel. Dans tous les cas, son exercice est limité à un délai très court. La loi de 1889 est donc une dérogation éclatante au système admis sur ce point. Elle a d'autre part ainsi établi une distinction entre le cas où la femme renonce à son hypothèque légale en faveur d'un créancier et celui où la renonciation intervient au profit d'un acquéreur d'immeuble. Dans le premier cas, la femme reste sous l'empire des dispositions du Code de procédure civile, tandis que dans le second elle a trente ans pour exercer son droit de préférence.

Continuons l'examen du § 4 de la loi. « Mais sans pouvoir répéter contre l'acquéreur le prix ou la partie du prix par lui payée de son consentement. » Laissons de côté, pour le moment, cette disposition que nous étudierons dans le chapitre consacré à la renonciation au droit de préférence. « Et sans préjudice du droit des autres créanciers hypothécaires. »

La loi prévoit le cas où l'immeuble vendu par le mari et pour lequel la femme a fourni sa renonciation est grevé d'hypothèques, soit du chef du vendeur, soit du chef des précédents propriétaires, et, dans ce cas, elle déclare qu'aucun paiement ne pourra être effectué, même du consentement de la femme, au mépris des droits de ces créanciers. Elle ne fait ici qu'un simple rappel aux principes. Quelle est en effet la situation de l'acquéreur ? Supposons la femme créancière de son mari — d'autres créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble. Il est possible d'avoir des combinaisons variées, tenant d'abord aux rangs divers que peut avoir l'hypothèque de la femme, ensuite à ce que sa créance, première en rang hypothécaire, absorbe ou n'absorbe pas le prix. Supposons l'hypothèse la plus simple : la femme est, au moment de la vente, première en rang et le montant de sa créance absorbe le prix. L'acquéreur pourra-t-il, du consentement de la femme, se libérer entre les mains du mari ? Ce serait imprudent de sa part.

Il s'exposerait sur les poursuites des créanciers hypothécaires postérieurs à payer deux fois ou à délaisser et voici pourquoi : l'hypothèque légale de la femme ne garantit qu'un droit de créance conditionnel. Ce n'est qu'à la dissolution de la communauté que l'on pourra déterminer le montant de ses reprises. Sans doute l'acquéreur qui paie avec le concours de la femme est subrogé de plein droit dans l'exercice de son hypothèque légale (§ 5 loi de 1889). Mais cette garantie est fort aléatoire. En effet de deux choses l'une : ou bien la liquidation constituera la femme créancière de son mari pour des reprises suffisantes et la subrogation sera efficace, ou bien la femme n'aura rien à réclamer à son mari et la subrogation demeurera sans effet. En payant, dans ce dernier cas, au mari, du consentement de la femme, créancière purement conditionnelle, l'acquéreur a cru payer un créancier hypothécaire premier en rang. Il s'est trompé. Qui paie mal paie deux fois. Et par suite, les créanciers hypothécaires postérieurs, inscrits, pourront utilement lui adresser la sommation de payer ou de délaisser de l'article 2168 du Code civil.

Par conséquent, dans ce cas, la procédure d'ordre seule pourra donner à l'acquéreur pleine et entière sécurité. Il devra donc, par conséquent, procéder à la purge des hypothèques inscrites ; la renonciation de la femme le dispensera de lui adresser les notifications prescrites par l'article 2183 du Code civil. Après les délais de la surenchère un ordre s'ouvrira, soit à la requête de l'acquéreur, des créanciers ou de la femme. Cette dernière devra être appelée à l'ordre amiable par lettre chargée ou sommée de produire à l'ordre judiciaire, ou citée à comparaître si l'ordre a lieu à l'audience au cas où il y a moins de quatre créanciers inscrits. (Art. 773 C. Pro. civ.). Cette nécessité de convoquer la femme à l'ordre résulte de la nature que nous avons reconnue au droit de préférence. En effet, étant donné que la femme conserve, après la renonciation, un véritable droit de préférence, un attribut de l'hypothèque, l'acquéreur ne peut valablement se libérer qu'avec son concours ou son consentement. Or, un ordre fait sans que la femme y soit présente ou ait été dûment appelée manquera de ce concours. L'avoué poursuivant, s'il veut dégager sa responsabilité, doit donc appeler la femme, et, s'il l'oublie, l'acquéreur

lera sagement en l'appelant lui-même. Les indications nécessaires seront trouvées soit dans l'acte d'acquisition, soit dans la transcription de cet acte. Quoi qu'il en soit, si un oubli se produit, et c'est chose facile, il en résulte la nullité possible de l'ordre. (MÉRIGNHAC, *op. cit.*, p. 318 et n. 3).

Nous devons toutefois envisager l'hypothèse, où, malgré cette éventualité, l'acquéreur, sans attendre l'ouverture de l'ordre, aurait payé une partie de son prix avec le concours ou l'autorisation de la femme. Plus tard un ordre est ouvert. La femme y produit en vertu de son droit de préférence et y prime les autres créanciers hypothécaires. La doctrine est unanime à décider que dans ce cas le paiement effectué déjà par l'acquéreur ne devant pas nuire aux créanciers hypothécaires, ceux-ci auront le droit d'exiger que la femme ne soit colloquée pour ses reprises que déduction faite de la somme dont elle a autorisé le paiement et qui n'a point été ainsi comprise dans l'ordre ; que, dans cette hypothèse, les créanciers auraient un autre droit, celui de ne pas accepter le paiement effectué par l'acquéreur et d'exiger la distribution du prix en entier. Il est évident qu'alors la femme, ou l'acquéreur subrogé à ses droits, pourrait obtenir collocation sans aucune réduction.

CHAPITRE III

TRANSMISSION DU DROIT DE PRÉFÉRENCE

La loi de 1889, tout en conservant le droit de préférence à la femme n'apporte aucune restriction à la liberté qu'a celle-ci de renoncer également à son droit de préférence.

Il est incontesté que la femme peut, par une déclaration formelle, renoncer en même temps à son droit de préférence et à son droit de suite.

L'esprit de la loi de 1889 a été de protéger la femme, mais elle n'a apporté aucune atteinte à sa liberté. Elle a interprété, en général, le mobile qui la pousse à consentir une renonciation. La femme, en général, a voulu être utile à son mari, lui éviter, autant qu'il est en son pouvoir, les frais et les lenteurs de la purge, mais elle n'a pas eu l'intention de sacrifier ses intérêts à ceux des créanciers du mari. Elle a pu vouloir permettre à son mari d'obtenir immédiatement les capitaux dont il avait besoin. Si elle l'a voulu, elle l'a pu. Mais sa volonté à cet égard doit être certaine, manifeste, sans cependant qu'il soit nécessaire qu'elle soit exprimée d'une manière expresse. Les juges pourront interpréter l'acte dont on veut la faire résulter et admettre ou repousser son existence.

Diverses hypothèses sont à envisager. La femme, en effet, peut renoncer à son droit de préférence, soit en faveur du mari, soit en faveur du tiers acquéreur, soit en faveur de toute autre personne. Nous étudierons séparément chacune de ces hypothèses.

PARAGRAPHE PREMIER

RENONCIATION AU DROIT DE PRÉFÉRENCE EN FAVEUR DU MARI

La loi de 1889 prévoit l'hypothèse qui se rencontrera le plus souvent en pratique : le paiement du prix entre les mains du mari du consentement de la femme : « Toutefois... la femme ne pourra répéter contre l'acquéreur le prix ou la partie du prix par lui payé de son consentement. » (§ 4, loi de 1889.) Quand la femme donne son consentement au paiement du prix, ce consentement équivaut à une renonciation au droit de préférence, à un abandon complet et définitif du droit d'hypothèque légale ; de là on conclut, *a contrario*, que le paiement du prix ne peut être opéré entre les mains du mari sans le consentement de la femme. Si le tiers acquéreur passe outre et que la liquidation constitue la femme créancière de son mari, celle-ci exigera le paiement des deniers sur lesquels elle a un droit de préférence. Cet argument *a contrario* est nettement corroboré par les travaux préparatoires.

C'est un cas de renonciation tacite que la loi de 1889 a prévu.

A plus forte raison, la renonciation de la femme à son droit de préférence pourrait-elle être expresse. Dans le cas où l'immeuble aliéné est libre de toute hypothèque du chef du mari, cette déclaration est considérée comme équivalant à un consentement de la part de la femme au paiement du prix entre les mains du mari.

Il est d'ailleurs admis généralement, en présence du texte de la loi de 1889, que ce consentement n'est soumis pour sa validité à aucune condition d'authenticité ou de publicité.

Avant la loi de 1889, cette nécessité du consentement de la femme était controversée. La solution donnée par le législateur a été diversement appréciée.

Certains auteurs ont prétendu que l'intervention obligatoire de la femme portait atteinte aux pouvoirs du mari. Une première atteinte aux droits du chef de la communauté con-

siste dans le fait qu'on méconnaît l'article 1421 du Code civil, d'après lequel le mari peut aliéner les immeubles de la communauté : lui retirer le droit de toucher le prix de la vente, c'est la même chose que lui enlever le droit d'aliéner. En second lieu, d'après les principes du Code civil, le prix de l'immeuble aliéné tombe dans la communauté et le mari a le droit d'en disposer même d'une façon abusive. (Art. 1422 C. civ.) Ce droit se trouve réduit à néant, d'après la loi de 1889, si la femme refuse son consentement au paiement. L'acquéreur ne pouvant plus payer valablement retiendra la somme ou la déposera. En tout cas, elle échappera au mari. Enfin, quand on envisage les situations pratiques, on constate que si la femme renonce à son hypothèque légale à l'occasion d'une vente, c'est pour permettre au mari d'en toucher le prix. La loi de 1889 a eu le tort grave d'exiger un consentement que l'on devait considérer comme résultant implicitement de la renonciation. (WABLE, p. 260. ESCORBIAC, *loc. cit.*, pp. 120 et 151.)

Mais il a été fort bien répondu qu'il n'y a nullement méconnaissance des pouvoirs conférés au mari par le Code civil, ni restriction au droit de disposition qui lui appartient sur le prix. La situation du mari reste ce qu'elle aurait été si la renonciation de la femme ne s'était pas produite. En effet, à défaut de cette renonciation, la femme, conservant son droit de suite, n'aurait pas à tenir compte des paiements faits par les acquéreurs. Elle continuerait à pouvoir poursuivre l'expropriation de l'immeuble. Ce droit n'est pas considéré comme une atteinte aux pouvoirs du mari : il n'y a pas de raison pour qu'il en soit autrement de la renonciation consentie par la femme sous l'empire de la loi de 1889. La renonciation à l'hypothèque légale ayant été consentie au profit de l'acquéreur seul « on ne voit pas pourquoi et comment elle profiterait au mari en faveur duquel elle ne pourrait pas directement intervenir. La loi a interprété l'acte dans ce sens étroit : le droit de suite est éteint parce qu'il s'exerce contre l'acquéreur. Le droit de préférence survit parce que son exercice n'intéresse pas l'acquéreur. Il n'est donc pas exact de prétendre que les pouvoirs du mari subissent une atteinte. » (BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES, t. II, n° 1127.)

PARAGRAPHE II

SUBROGATION AU DROIT DE PRÉFÉRENCE AU PROFIT DU TIERS
ACQUÉREUR

La femme, libre de disposer de son droit de préférence, peut y subroger le tiers acquéreur lui-même. La loi de 1889 prévoit ce cas dans son § 5 ainsi conçu : « Le concours ou le consentement donné par la femme soit à un acte d'aliénation, contenant quittance totale ou partielle du prix, soit à l'acte ultérieur de quittance totale ou partielle, emporte même, à due concurrence, subrogation à l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu, au profit de l'acquéreur vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs en rang ; mais cette subrogation ne pourra préjudicier aux tiers qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque légale de l'acquéreur sur d'autres immeubles du mari, à moins que l'acquéreur ne se soit conformé aux prescriptions du § 1 du présent article. »

Quel est le but de cette disposition ? Quelle hypothèse prévoit-elle ? M. Merlin, après avoir signalé les difficultés que le § 4 a pour objet de résoudre, s'exprime ainsi : « Il est encore d'autres difficultés en présence desquelles le maintien du droit de préférence de la femme sur le prix, placera successivement la femme, l'acquéreur et les créanciers inscrits. Supposons en effet un immeuble du mari vendu avec le concours de la femme, l'acte d'aliénation porte quittance totale ou partielle du prix ; il existe sur cet immeuble des inscriptions conventionnelles ou judiciaires. L'acquéreur n'a plus à compter avec l'hypothèque légale de la femme qui a renoncé en sa faveur ; mais il a devant lui les créanciers inscrits qui feront valoir sur l'immeuble leur droit de suite, et qui tiendront d'autant plus à l'exercer que l'hypothèque légale de la femme ayant disparu, ils arriveront les premiers en rang. De sorte qu'en réalité, dans cette hypothèse, ce sont les créanciers inscrits qui profiteront de la renonciation de la femme, et ce, au préjudice de l'acquéreur qui sera obligé de payer deux

fois. Le second amendement de M. Lacombe (amendement à la suite duquel fut inséré le § 5, et qui tendait à attribuer dans ce cas à la renonciation un caractère translatif) a pour but de faire disparaître l'injustice d'une semblable conséquence. »

La loi n'envisage donc, dans son texte, que la femme qui a déjà renoncé régulièrement à son hypothèque légale, au moment de l'aliénation, ou par acte séparé, et qui, en outre, concourt à la quittance. C'est là bien évidemment l'hypothèse prévue par le § 5 de la loi de 1889. Autrement, il faudrait admettre que le simple concours de la femme à la quittance, sans même qu'il soit nécessaire qu'elle prît la qualité de garante ou de caution, entraînerait subrogation, ce qui serait en contradiction évidente avec les trois premiers paragraphes de la loi et ce que, par conséquent, l'on ne peut supposer.

Les travaux préparatoires indiquent clairement le but de ce § 5 et ils font connaître aussi la règle de droit sur laquelle il repose. Le concours de la femme à la quittance ne peut ni nuire ni profiter aux créanciers inscrits. (Art. 1165 C. civ.) Il faut attribuer à ce concours un caractère translatif. Les créanciers ne sont pas lésés. Que leur importe d'être primés par la femme ou par l'acquéreur ? S'il n'en est pas ainsi, ils sont avantagés. L'acquéreur serait exposé à perdre non seulement l'immeuble, mais encore le prix ou la portion du prix payé. La garantie qu'il a voulu se constituer se retournerait contre lui. Une telle solution est d'ailleurs conforme à la volonté des parties qui ont voulu tout ce qui est nécessaire à la sécurité de l'acquéreur.

Entrons plus avant dans le détail.

Dans le § 5 la loi envisage simultanément le concours de la femme à la quittance et son consentement au paiement. La première expression vise le consentement tacite, la seconde le consentement formel. D'autre part, le § 4 de la loi admet la conservation par la femme de son droit de préférence, mais sans pouvoir répéter contre l'acquéreur le prix ou la partie du prix par lui payé de son consentement et sans préjudice du droit des autres créanciers hypothécaires.

De là deux hypothèses possibles :

I. — *Il n'y a aucun créancier inscrit.*

Dans ce cas, la femme étant seule créancière, le droit de préférence abandonné par elle n'est plus utile ni à la femme ni à l'acquéreur. Il est donc tout naturel de le voir s'éteindre : en effet, la loi de 1889 a, suivant l'expression d'un auteur, fait du droit de préférence conservé à la femme une créance directe contre l'acquéreur. Il était logique par suite de décider que cette créance ne pouvait disparaître que du consentement du créancier. La femme permet à l'acquéreur de payer le prix. Le consentement de la femme le rend valable ; elle a renoncé à sa créance contre l'acquéreur qui ne doit qu'un prix et n'a qu'une dette quoiqu'il ait deux créanciers ; et ce consentement peut être donné soit lors de la vente, soit lors d'un acte ultérieur distinct. De même ce consentement peut être donné pour le tout ou seulement pour partie (§ 5 loi 1889).

Ici encore on n'exige aucune condition de publicité ni d'authenticité.

II. — *La femme se trouve en présence de créanciers hypothécaires de son mari, postérieurs en rang à son hypothèque.*

C'est la situation prévue par la première partie du § 5. C'est l'hypothèse dans laquelle on déclarait, avant la loi de 1889, que la renonciation au profit de l'acquéreur était translatrice des droits de la femme. Cette subrogation qui, dans le cas précité, entraînait extinction du droit de préférence, vaut, dans notre cas, subrogation à ce droit de préférence.

Le texte de la loi parle de « subrogation à l'hypothèque légale ». L'expression employée est trop large et pourrait induire en erreur. C'est une rédaction défectueuse comme nous en avons déjà signalé. L'enchaînement des idées dans la loi de 1889 est facile à saisir. Dans les trois premiers alinéas, il est uniquement question de la renonciation de la femme au droit de suite. Puis le législateur passe au droit de préférence dont le maintien réclame une réglementation. Quels seront les effets de la renonciation et de la subrogation au droit de préférence : tel est l'objet des § 4 et 5. C'est donc bien du droit de préférence dont il est question. D'ailleurs la logique impose cette interprétation. Cette subrogation à l'hypothèque légale pourrait résulter du simple concours à la quittance alors que le simple concours à l'acte d'aliénation ne vaut pas subrogation extinctive ! Il ne s'agit donc pas de subrogation à l'hypo-

thèque légale, mais bien, comme nous disions tout à l'heure, de subrogation au droit de préférence. Le texte suppose accomplies les formalités des § 1, 2 et 3.

Un auteur, M. Escorbiac (*op. cit.*, p. 154 et 162), a cru pouvoir assimiler cette subrogation à celle de l'article 1251, 2° du Code civil. En réalité, le paiement a été fait à la femme et avec les deniers sur lesquels elle avait un privilège. Le § 5 est même inutile et fait double emploi avec l'article précité. Cette conception est fautive. Sans doute, il existe une certaine similitude de résultats, mais elle n'est qu'apparente. Le paiement n'est pas fait à la femme créancière hypothécaire, mais au mari ; c'est vrai, a-t-on répondu par avance, mais la femme par son consentement a ratifié le paiement qui, par suite, est tout aussi valable que s'il avait été fait à elle-même. C'est une interprétation vraiment trop large de l'article 1251, 2° du Code civil, d'autant plus que ce qui démontre bien que le paiement n'a pas été fait à la femme, c'est le résultat différent auquel on aboutit : tandis que la créance du créancier hypothécaire est diminuée dans la mesure du paiement effectuée (1251, 2° C. civ.), la créance de la femme n'est en rien diminuée. La garantie hypothécaire est seule atteinte.

Il ne faut pas non plus assimiler la subrogation prévue par le § 5 de la loi de 1889 aux cessions et subrogations prévues par la loi du 23 mars 1855. Ceci était exact avant la loi de 1855. L'opinion générale était en ce sens (MOURLON, *Transcription*, II, n° 997. AUBRY et RAU, III, § 288 *bis*, p. 470. BERTAULD, n° 140) : mais on ne s'était pas préoccupé de l'hypothèse où la subrogation intervenait postérieurement à la renonciation. C'est une différence capitale. Dans l'hypothèse prévue par la loi de 1889, le droit de suite est éteint au moment où intervient la subrogation. Cette subrogation ne porte que sur le droit de préférence.

La loi de 1889 a déterminé limitativement les actes desquels résultait la subrogation. Il est facile de se rendre compte qu'elle n'exige qu'une condition : le concours à la quittance du prix. C'est ce qui ressort des termes du § 5. Dans la première hypothèse, l'acte d'aliénation renferme deux conventions : le concours de la femme, comme covenenderesse, garante ou caution, ce qui entraîne renonciation à l'hypothèque légale.

et le concours à la quittance qui entraîne subrogation au droit de préférence.

Ici encore, nous n'insistons pas sur ce point qui est en dehors de notre étude, l'opinion générale estime qu'aucune condition d'authenticité n'est exigée pour la validité de la quittance.

Voici donc l'acquéreur subrogé au droit de préférence ; dès lors il peut se trouver en conflit avec d'autres créanciers. Le § 5 de la loi de 1889 a prévu deux hypothèses : 1° l'acquéreur invoque la subrogation contre des créanciers hypothécaires postérieurs en rang à la femme déjà inscrits sur l'immeuble au moment de la renonciation ; 2° il l'invoque contre des tiers devenus cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme après l'aliénation sur d'autres immeubles que l'immeuble vendu. Nous pouvons en ajouter une troisième : il l'invoque contre des tiers devenus cessionnaires du droit de préférence sur l'immeuble vendu.

L'acquéreur doit-il satisfaire à quelque condition de publicité. Ce point est en dehors de notre étude, mais nous nous croyons obligés de l'examiner ici tant à cause de la difficulté d'interprétation des textes, qui n'ont pas reçu de solution certaine, que par l'influence que la solution admise exerce sur les effets de la subrogation au droit de préférence.

I. — Le tiers-acquéreur invoque la subrogation contre des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme.

Pour cette hypothèse, peu de difficultés. On admet généralement que l'inscription n'est pas nécessaire à l'exercice du droit de préférence. Cela a été dit formellement dans les travaux préparatoires. D'ailleurs, ces créanciers ne sont ni lésés ni surpris. Ils connaissaient l'existence de l'hypothèque légale de la femme. Cette hypothèque pouvait leur être opposée tout en étant occulte. La subrogation ne change rien à leur situation. Ils n'ont donc pas d'intérêt à ce qu'elle soit rendue publique. Seuls, MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes (*op. cit.*, II, n° 1241 *bis*) ont soutenu l'opinion opposée.

II. — L'acquéreur oppose la subrogation à des cessionnaires de l'hypothèque légale sur d'autres immeubles du mari que l'immeuble, objet de l'aliénation.

Cette hypothèse est prévue par le § 5 *in fine* : « Cette subro-

gation ne pourra préjudicier aux tiers qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme sur d'autres immeubles du mari, à moins que l'acquéreur ne se soit conformé aux prescriptions du § 1 du présent article. »

L'interprétation de ce texte a fait naître de graves divergences parmi les auteurs. Quelle situation nouvelle de la loi a-t-elle voulu exactement prévoir ? M. Merlin, dans un rapport supplémentaire au Sénat, a essayé de la mettre en lumière comme suit : « Il est un cas où la condition de publicité exigée par le premier paragraphe de l'article 9 devra être imposée à l'acquéreur, c'est celui où l'hypothèque légale de la femme grève d'autres immeubles du mari que l'immeuble vendu avec le concours de la femme. La femme reste alors libre de traiter avec les tiers de cette hypothèque, à laquelle elle n'a pas renoncé ; elle peut la céder ou y subroger ; mais on comprend que la créance, que l'hypothèque générale était destinée à garantir, se trouve réduite de la somme représentant le prix ou la portion du prix de l'immeuble vendu au paiement duquel elle a consenti, et que, dès lors elle ne peut, sans tromper le tiers avec lequel elle traitera, ne lui céder qu'une garantie correspondant à ce qui lui reste effectivement dû sur sa créance. Mais comment le tiers sera-t-il averti de la situation si ce n'est par l'accomplissement des formalités prescrites par le paragraphe 1^{er} de l'article 9 ? » Cette explication contient une inexactitude relevée par toute la doctrine. Le rapporteur affirme que la femme renonçante, en autorisant le paiement du prix ou d'une partie du prix entre les mains de son mari voit réduire ses reprises dans la mesure du paiement effectué. Ce n'est pas exact. La femme perd, non ses reprises, mais le rang de son hypothèque légale ; par le fait qu'elle a laissé prendre par son mari une somme qu'elle pouvait toucher, elle obtient contre celui-ci une nouvelle hypothèque légale prenant rang du jour du paiement effectué. Et lorsque le recouvrement de ses reprises sera poursuivi, l'hypothèque légale primitive ne pourra être invoquée, soit par elle-même, soit par ses subrogés que déduction faite d'une somme égale au prix payé, somme qui, elle, ne sera protégée que par la nouvelle hypothèque légale. L'erreur de M. Merlin consiste donc à croire que la femme a réduit sa créance « au point de vue de son

quantum et non au point de vue hypothécaire. » C'est là, comme le font remarquer MM. Mérignhac, probablement ce qu'il voulait dire sous une terminologie inexacte, car il n'avait à s'occuper des créances de la femme qu'au point de vue hypothécaire, le seul envisagé par la loi dont il était le rapporteur.

Cette explication de M. Merlin ne facilite pas beaucoup la compréhension de la loi, surtout si on la rapproche de l'amendement de M. Lacombe, amendement auquel est dû le § 5. « Le concours de la femme et son consentement au paiement total ou partiel du prix emporte au profit de l'acquéreur et à due concurrence, subrogation à l'hypothèque légale, mais seulement sur l'immeuble vendu et à charge par lui de se conformer aux prescriptions du § 1 du présent article. » Ceci était fort clair. On visait bien les renonciations subrogatives au profit de l'acquéreur pour exiger leur publicité à l'égard des cessionnaires que la femme pourrait plus tard investir de ses droits sur l'immeuble aliéné. Cette situation était également celle qu'avait envisagée la commission du Sénat puisqu'elle voulait faire droit aux observations de M. Lacombe. Or, si l'on compare la rédaction du § 5 *in fine*, « cette subrogation ne pourra préjudicier aux tiers qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque légale sur d'autres immeubles du mari à moins que l'acquéreur ne se soit conformé aux prescriptions du § 1 du présent article », il est clair que l'on a dit, en définitive, le contraire de ce que l'on voulait dire.

Quoiqu'il en soit, en présence de l'explication du rapporteur, il ne nous est pas permis d'interpréter le § 5 au moyen de l'amendement Lacombe, en ne donnant au texte de la loi que la valeur d'une rédaction défectueuse. Il nous faut donc rechercher quelle hypothèse le législateur a eu en vue. C'est ce que les auteurs qui ont écrit sur la loi de 1889 se sont efforcés à découvrir.

Pour la majorité des auteurs, et notamment M. Planiol (t. II, n° 3489), il résulte nettement de cet article que l'acquéreur doit non seulement faire transcrire son contrat, comme l'y oblige la loi de 1889, mais en outre prendre inscription comme l'exigeait la loi de 1855 toutes les fois qu'il voudra se gérer comme subrogé à l'hypothèque pour l'opposer aux per-

sonnes dont parle la loi. Mais la loi prévoit un conflit irréalizable. L'acquéreur ne peut élever une prétention quelconque qu'au regard de l'immeuble qu'il a acquis ; or, sur cet immeuble il n'a pas à craindre l'hypothèque légale de la femme : pour le droit de suite il a obtenu une renonciation, pour le droit de préférence une subrogation. D'autre part la loi suppose que les personnes en conflit avec l'acquéreur sont des tiers subrogés sur d'autres immeubles que celui qui lui a été vendu. Ceux-ci par conséquent ne pourront intervenir à l'ordre ouvert sur l'immeuble aliéné. Ce texte restera donc inutile comme bien d'autres qu'on n'a jamais eu l'occasion d'appliquer.

On a reproché à cette opinion d'être trop radicale : il n'est pas permis de considérer une disposition légale comme non écrite, parce que son application paraît difficile. Et l'on a cherché des explications plus ou moins ingénieuses.

Un premier système déclare que l'acquéreur ne serait obligé de remplir les formalités du § 1 de l'article 9 que s'il se faisait subroger lui-même pour supplément de garantie sur d'autres immeubles du mari. (BRESSOLES, *Recueil de l'académie de législation de Toulouse*, 1889, p. 155.) Il s'appuie sur le second rapport de M. Bernier à la Chambre des députés qui analyse ainsi le § 5 de la loi de 1889. « Cet alinéa explique que la subrogation qui s'opère de plein droit sur l'immeuble vendu ne peut préjudicier aux tiers qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque légale sur d'autres immeubles du mari, à moins que l'acquéreur ne se soit conformé aux prescriptions de l'article 9 de la loi de 1855. Votre commission reconnaît que le Sénat, en déclarant l'acquéreur de plein droit subrogé à l'hypothèque légale de la femme sur l'immeuble vendu, et en admettant pour lui la nécessité de se faire subroger à cette hypothèque sur les autres immeubles du mari, à la charge d'inscrire cette subrogation, ne porte aucune atteinte au principe du projet de loi, ni à ceux du droit commun, tout en édictant des mesures sages et utiles à l'acquéreur. » Nous sommes loin, continuent les partisans de ce système, non seulement de l'amendement Lacombe, car nous savons ce qu'il en est advenu, mais des termes mêmes du § 5 et des explications fournies par M. Merlin au Sénat. En présence de pareilles

divergences, nées au sein même des chambres législatives, rien d'étonnant que les commentateurs s'égarent et fassent fausse route dans l'interprétation de la dernière partie du § 5. Voici quelle serait la pensée de M. Bernier et le sens à donner à cette disposition : l'acquéreur juge-t-il que la subrogation à l'hypothèque légale, créée à son profit par la loi, sur l'immeuble vendu, ne peut suffire à sa sécurité, et veut-il, par suite, être subrogé dans l'effet de l'hypothèque légale de la femme sur d'autres immeubles du mari ? Il devra inscrire cette dernière subrogation sur les autres immeubles.

Ce système est purement arbitraire. Il reconnaît lui-même qu'il est en dehors des termes de la loi. Au surplus, quand même la loi nouvelle n'aurait rien dit, il est évident que la subrogation portant sur d'autres immeubles du mari ne saurait être que conventionnelle et par suite soumise aux formalités de l'article 9 de la loi de 1855. La loi serait donc inutile et ne ferait qu'un rappel au droit commun.

Dans un second système, le législateur, dit-on, a prévu le cas où la femme renonçante, après avoir subrogé l'acquéreur sur l'immeuble vendu, subroge, soit d'une façon générale, soit d'une manière spéciale, d'autres créanciers, et sur l'immeuble vendu, et sur les autres immeubles du mari. De cette façon, un conflit naît nécessairement entre le tiers acquéreur et les cessionnaires et alors aussi le rang des divers subrogés se déterminera par la date des inscriptions ou mentions, suivant la règle de l'article 9 de la loi de 1855, ainsi que le veut la loi de 1889. Au contraire, cette dernière loi serait étrangère au cas où la femme aurait cédé son hypothèque d'une manière spéciale sur certains immeubles seulement. A l'appui de cette opinion on fait remarquer que les subrogés postérieurs ne peuvent se plaindre quand l'acquéreur exerce un droit de préférence sur l'immeuble vendu, quand cet immeuble n'a pas été affecté spécialement à leur garantie. Ils n'ont pas intérêt à connaître la collocation de l'acheteur qui ne peut leur nuire et la formalité de la publicité n'a aucune raison d'être. Mais si l'on suppose que le droit des subrogés postérieurs affecte l'immeuble vendu, soit parce qu'ils sont bénéficiaires d'une subrogation générale ou d'une subrogation spéciale tant sur l'immeuble vendu que sur d'autres immeubles du mari, alors

se produit le conflit avec l'acquéreur, conflit résolu par la priorité de la publicité de l'article 9 de la loi de 1855. (ESCORBIAC, *loc. cit.*, p. 164. *Journal des conservateurs des hypothèques*, 1890, n° 4026. DELALANDE, *France judiciaire*, 1889, p. 83.)

Ces auteurs avouent eux-mêmes que cette situation n'est pas celle prévue par le texte de la loi ; mais le texte étant inapplicable au pied de la lettre, il faut bien l'abandonner. Soit, Mais ce qui est étrange dans cette explication, c'est que c'est précisément le seul cas prévu par la loi qui soit écarté, tandis qu'on applique la loi à celui qu'il ne vise pas, où la subrogation porte tant sur l'immeuble aliéné que sur les autres immeubles du mari. De plus, cette doctrine admet la subrogation à l'hypothèque légale dans un cas où la loi de 1889 déclare éteinte cette hypothèque. En effet, la renonciation a fait disparaître celle-ci de l'immeuble vendu. La femme renonçante n'aurait pas le droit de la faire inscrire elle-même. Comment le subrogé pourrait-il faire ce qu'elle ne peut faire ? Il faut donc admettre, ainsi que le dit fort justement M. Guillouard (*loc. cit.*, § 1847), que tout concours devient impossible, du jour de la renonciation transcrite, entre l'acquéreur et des subrogés postérieurs sur l'immeuble vendu : que, par suite, non seulement le § 5 n'a pu prévoir ce cas, mais même qu'il ne peut se présenter en pratique.

Un troisième système part de ce point de vue que le dernier alinéa de la loi de 1889 règle un conflit possible entre l'acquéreur restant cantonné sur l'immeuble à lui vendu et des tiers subrogés sur d'autres immeubles du mari. C'est là la seule situation visée par la loi. Mais comment le conflit pourra-t-il se produire si l'on admet que l'acquéreur et des tiers subrogés exerceront leurs droits sur des gages différents ? C'est parce que ce conflit va s'établir, non point quant à l'objet du gage, mais quant à l'utilisation des reprises de la femme.

En effet, pour exercer sa subrogation, l'acquéreur est tenu d'établir l'existence des reprises de la renonçante contre son mari et d'affecter ces reprises, à due concurrence, à la colloca-tion à laquelle il prétend. L'acquéreur subrogé agissant naturellement ainsi lésera, par la force des choses, les suborgés cantonnés sur les autres immeubles.

Supposons, par exemple, la situation suivante : l'acquéreur fait valoir sa subrogation pour 10,000 francs : deux subrogés ultérieurs sont créanciers chacun de 5,000 fr. et les reprises de la femme s'élèvent à 10,000 francs. L'acquéreur, obtenant collocation pour 10,000 francs, épuise entièrement les reprises de la subrogeante et les deux subrogés ultérieurs voient s'évanouir leurs subrogations. Ce résultat s'impose, car si tous les immeubles du mari sont grevés par l'hypothèque légale de la femme, ils ne le sont que dans la mesure des droits de cette dernière ; et lorsque cette hypothèque a été utilisée pour une créance, elle ne saurait être invoquée une seconde fois pour la même créance. Ce serait lui faire produire double effet. Dans les ordres qui s'ouvriront sur les autres immeubles, les créanciers subrogés se verront opposer que, les reprises de la subrogeante ayant été déjà invoquées pour une première collocation, ne peuvent plus l'être pour une seconde. L'acquéreur subrogé a donc primé les créanciers subrogés postérieurement sinon sur les mêmes immeubles, du moins sur les reprises de la femme. Cette priorité, il n'a pu l'obtenir que s'il a rendu sa subrogation opposable aux tiers, non point par la publicité que requiert la loi de 1889 pour la renonciation, mais par l'inscription ou la mention marginale qu'exige l'article 9 de la loi de 1855. Il ne faut pas oublier toutefois que la femme, en autorisant l'acquéreur à payer tout ou partie du prix entre les mains de son mari, a acquis contre celui-ci une nouvelle créance garantie par une hypothèque en date du jour du paiement effectué (art. 2135 C. civ.). Si d'autres créanciers du mari ne se sont point inscrits dans l'intervalle, ils pourront exercer cette nouvelle hypothèque et n'éprouveront ainsi aucun préjudice.

Telle est l'hypothèse la plus probable qu'ait pu prévoir la loi de 1889 dans son § 5 *in fine*. Les subrogés postérieurs qui auront rempli les formalités de l'article 9 de la loi de 1855, pourront faire écarter l'acquéreur qui ne s'y sera pas conformé. Mais par quel moyen ? Un ordre s'ouvre sur le prix de l'immeuble aliéné ; le tiers acquéreur produit sur le prix de l'immeuble. De quel droit et quel titre les cessionnaires ultérieurs subrogés sur les autres immeubles, interviendront-ils et pourront-ils lui opposer le défaut d'une formalité non exi-

gée à leur égard ? Ils ne peuvent attaquer la subrogation comme faite en fraude de leurs droits puisqu'elle est antérieure à la leur. Les partisans de ce système reconnaissent que dans ce cas la loi n'a pas de sanction. Mais voici le cas où servira le § 5. Il faut supposer que le cessionnaire réalise la subrogation avant le tiers acquéreur, et exerce l'hypothèque légale pour la totalité des créances de la femme. En l'absence de la disposition du § 5, l'acquéreur subrogé aurait pu attaquer cette subrogation comme faite en fraude de ses droits et la faire considérer comme non avenue à son égard, dans les limites où elle lui porterait préjudice. Sous l'empire de la loi de 1889, il lui faudra pour cela avoir pris auparavant inscription. Ce n'est qu'à cette condition qu'il pourra attaquer la subrogation ultérieure de la femme à son hypothèque légale.

Ce système, il faut le reconnaître, est beaucoup plus logique que les précédents et il respecte le texte de la loi. S'impose-t-il ? Nous ne le croyons pas. Et les éminents auteurs qui l'ont soutenu montrent bien leurs hésitations et témoignent qu'ils ne l'adoptent que faute d'en trouver un meilleur. MM. Aubry et Rau concluent que de la longue controverse à laquelle a donné lieu le dernier alinéa de la loi de 1889 il résulte la preuve qu'il est impossible d'interpréter d'une façon tout à fait satisfaisante une loi aussi obscure dans son texte que dans son esprit.

Outre le défaut de sanction, ce système présente au point de vue pratique de sérieuses difficultés. M. Wable (*Thèse*, p. 297) admet comme conséquence que l'acquéreur doit prendre inscription sur tous les autres immeubles du mari. En vertu de quel titre requerra-t-il cette inscription ? En outre le voilà obligé de surveiller les acquisitions que pourra faire le mari, de se renseigner sur la situation de ses immeubles, de veiller au renouvellement des inscriptions ! Que de tracasseries et de frais ! Mieux vaudrait pour lui recourir à la purge.

Une dernière interprétation a été proposée par MM. Méri-gnhac (*op. cit.*, p. 341 et s.). Elle consiste à séparer complètement le premier membre de phrase « emporte même, à due concurrence, subrogation à l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu au profit de l'acquéreur vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs en rang », du second : « Mais cette

subrogation ne pourra préjudicier... » Tous les auteurs interprètent cette disposition finale de la loi de 1889 en ce sens que la subrogation à l'hypothèque légale accordée au tiers acquéreur ne dépasse pas l'immeuble vendu et ne s'étend pas aux autres immeubles du mari. Ils considèrent que les mots : « Mais cette subrogation... » ne peuvent concerner que la subrogation dont il vient d'être question, c'est-à-dire la subrogation sur l'immeuble vendu.

Cette interprétation est, selon MM. Mérygnac, contestable. En effet, dans le premier cas, le dernier alinéa ne peut être relatif qu'à l'immeuble vendu, puisque l'acquéreur subrogé aux droits de la femme est en concours avec des créanciers inscrits sur cet immeuble. Il s'agit bien de subrogation sur l'immeuble vendu. Dans le second cas, il se préoccupe d'un conflit entre l'acquéreur et les cessionnaires de l'hypothèque légale sur d'autres immeubles : « Cette subrogation », dit-il ; de quelle subrogation s'agit-il ? Tout simplement de la subrogation à l'hypothèque légale en général. On s'obstine, à tort, à répéter les mots : « Sur l'immeuble vendu » dans la deuxième hypothèse, alors qu'ils n'ont rien à voir avec elle ; on analyse le texte comme s'il y avait « cette subrogation à l'immeuble vendu » tandis qu'il dit seulement : « Cette subrogation », c'est-à-dire cette subrogation à l'hypothèque légale. Le législateur a bien été forcé de la limiter à l'immeuble vendu dans le premier cas : mais c'est gratuitement qu'on suppose qu'il a voulu la limiter de même dans le second.

Avec cette explication, il est facile de saisir la pensée qu'aurait eue le législateur. Le tiers acquéreur exercera d'abord sa subrogation sur l'immeuble vendu. Aucune publicité n'est exigée car sa substitution à la femme ne modifie en rien la situation hypothécaire. La femme n'aurait pas eu à s'inscrire. Il n'y sera pas tenu davantage. Mais si pour une raison quelconque il est obligé d'obtenir collocation sur les autres immeubles du mari, alors il devient un subrogé ordinaire et c'est l'article 9 qui est amené naturellement à régir sa situation dans son conflit avec les cessionnaires de l'hypothèque légale sur ces immeubles.

Suivant MM. Mérygnac, cette théorie est conforme à la nature ordinaire de la subrogation à l'hypothèque légale :

« Cette subrogation, disent-ils, sauf limitation conventionnelle, s'étend en effet à tous les immeubles du mari. Or quand on l'autorise à exercer les reprises de la subrogeante, l'acquéreur devient, en somme, un subrogé ordinaire. Limité à l'immeuble vendu en tant qu'il s'agit de la renonciation, il le dépasse en tant que bénéficiaire de la subrogation ; et l'on ne concevrait pas que, pouvant utiliser les reprises de la subrogeante à due concurrence, il fût cantonné à leur égard sur tel ou tel immeuble. Si la justice veut qu'il utilise ces reprises à son avantage, on doit l'autoriser à les poursuivre sur tous les immeubles du mari, pourvu que, lorsqu'il se trouve en concurrence avec des subrogés, il réalise la publicité voulue. » MM. Mérignhac ne se mettent-ils pas en contradiction avec eux-mêmes ? Etudiant la subrogation ils admettent : 1° que dans le cas de subrogation tacite, la subrogation ne s'étend qu'aux immeubles conventionnellement affectés (p. 242) ; 2° que d'autre part la subrogation restreinte à un immeuble n'est pas restreinte relativement à l'utilisation de la totalité des reprises de la femme (p. 151). Or nous sommes ici en matière de subrogation tacite. Il est donc en dehors des prévisions de la loi de 1889 que le concours de la femme à la quittance puisse entraîner une subrogation générale. D'un autre côté, l'hypothèse qu'ils envisagent : la nécessité pour l'acquéreur d'exercer la subrogation sur d'autres immeubles du mari est d'une réalisation plutôt chimérique. Admettons que l'acquéreur ait payé le prix en entier avec le consentement de la femme. Il est subrogé à l'hypothèque légale de la femme, qu'il faut supposer première en rang, sans quoi il n'aurait pas payé.

Pour qu'il vienne en conflit avec d'autres subrogés postérieurs, il faut nécessairement admettre qu'il ait été évincé. Par qui ? Nécessairement par des créanciers hypothécaires postérieurement inscrits sur cet immeuble. Or ceux-ci pour arriver à ce résultat ont dû exercer leur droit de suite, et par conséquent porter une surenchère du dixième. Le prix de vente suffira donc à l'indemniser et il n'a nullement besoin de requérir collocation sur les autres immeubles du mari.

Nous ne saurions donc admettre, pas plus que les précédentes l'explication de MM. Mérignhac.

La pensée du législateur est-elle donc si obscure ? et le § 5 est-il destiné à rester une énigme ? Nous ne le croyons pas. Le principe de notre législation en matière d'hypothèque est le régime de publicité. Tout créancier doit être à même de connaître la situation hypothécaire de son débiteur. Le motif : éviter toute fraude et toute surprise. Or que prévoit le § 5 ? Deux conflits : le premier entre l'acquéreur subrogé et des créanciers hypothécaires postérieurs en rang sur le même immeuble. Ce cas l'intéresse peu. La situation de ces créanciers ne varie pas selon que c'est la femme ou l'acquéreur qui se présente à l'ordre ; — le second entre l'acquéreur et des subrogés postérieurs à l'hypothèque légale de la femme sur d'autres immeubles du mari. Et ceci retient son attention. C'est facile à comprendre. Ces subrogés postérieurs ont pu prendre tous les renseignements possibles. Ils ont connu, par la transcription, l'acte de renonciation consentie par la femme. Ils ont cru alors, en traitant, pouvoir exercer la totalité des reprises de la femme. Celle-ci ayant conservé son droit de préférence, sa créance n'a pas subi de diminution hypothécaire. La quittance subrogative, ils n'ont pu la connaître puisque la loi de 1889 n'exige ni authenticité ni publicité. Ainsi, malgré toute leur prévoyance, toute leur diligence, si la loi ne vient pas à leur secours, sont-ils exposés à ne posséder qu'une garantie de nulle valeur. C'est ce que le législateur n'a pu admettre. Il a dit à l'acquéreur : en présence de créanciers hypothécaires sur l'immeuble vendu, postérieurs en rang à la femme, vous n'avez pas de formalités à remplir ; mais il vous faut prévoir le cas où la femme céderait ensuite son hypothèque légale. En votre faveur elle n'a abdiqué qu'un attribut de cette hypothèque et seulement en tant qu'il porte sur l'immeuble que vous avez acquis. Si vous voulez être à l'abri de toute surprise, si vous voulez rendre opposable aux tiers la subrogation que vous confère la quittance, faites-la transcrire. Vous éviterez ainsi aux subrogés postérieurs tout dol et toute surprise, et ceux-ci ne pourront se plaindre que de leur négligence ; vous, acquéreur, cette formalité que nous vous imposons tant dans votre intérêt que dans celui des tiers ne doit pas vous surprendre. C'est l'application des principes du droit commun.

Ainsi nous interprétons « prescriptions du § 1^{er} du présent article » comme renvoyant non au § 1^{er} de la loi du 23 mars 1855 mais au § 1^{er} de l'article unique de la loi de 1889. Grammatically l'expression « présent article » fait allusion au § 1^{er} de la loi du 13 février 1889. Les travaux préliminaires ne s'opposent pas à cette solution. L'amendement de M. Lacombe, amendement d'où est sorti le § 5 s'exprime également ainsi. L'explication donnée par M. Merlin et dans laquelle on voit pour la première fois apparaître le § 1^{er} de l'article 9 de la loi de 1855 ne peut, nous l'avons vu, éclaircir la question. Le plus sûr est donc de ne point s'en occuper. D'ailleurs cette interprétation se heurte à une impossibilité. La femme elle-même ne pourrait faire inscrire le droit de préférence qui lui reste après sa renonciation ; et, ce qu'elle ne peut faire, son ayant cause le pourrait !

PARAGRAPHE III

SUBROGATION AU DROIT DE PRÉFÉRENCE AU PROFIT D'UN TIERS

Aucun texte ne venant restreindre la capacité de la femme de disposer du droit de préférence que lui conserve la loi de 1889 après sa renonciation, celle-ci peut en céder le bénéfice à un tiers quelconque.

Quelle est la nature de cette subrogation au droit de préférence? Est-ce une véritable subrogation prévue et réglementée par la loi de 1855? Il n'est pas possible d'hésiter sur ce point. La subrogation dont nous nous occupons n'est pas visée par cette loi. Celle-ci n'a eu en vue que la transmission de l'hypothèque légale d'une manière intégrale, tandis qu'il s'agit ici d'un droit isolé, qui n'est plus cette hypothèque.

Certains auteurs ont affirmé que cette convention constitue une cession de créance. Pour eux la cession du droit de préférence isolément n'est pas possible. Il n'y a pas là un droit réel, indépendant, comme l'hypothèque, mais un simple accessoire d'une créance qui en est inséparable. Les auteurs de la loi de 1889 n'ont envisagé la possibilité d'une cession du droit de préférence faite isolément, et ils ne l'ont comprise qu'intervenant au profit de l'acquéreur, dans le cas où il existe des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme. L'opération ainsi considérée, si elle n'est pas astreinte aux formalités de la loi de 1855, devra tout au moins se conformer aux prescriptions de l'article 1690 du Code civil, et tous les intérêts seront ainsi sauvegardés : l'acquéreur sera averti qu'il ne doit pas se dessaisir des fonds en d'autres mains que celles du cessionnaire ou, tout au moins, qu'il doit avoir le consentement de celui-ci. D'autre part, on préviendrait également ainsi les cessionnaires ultérieurs de l'existence des cessions antérieures. (AUBRY et RAU, *loc. cit.*, § 288 *bis*. BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES, *loc. cit.* WABLE, *Thèse*, n° 140.)

Cette opinion est trop absolue. Certes il peut arriver que la

cession du droit de préférence consentie par la femme constitue vraiment une cession-transport de ses droits. Mais il faudra pour cela que la créance de la femme contre l'acquéreur soit certaine et liquide, et en outre que la cession ait lieu moyennant un prix déterminé. Est-ce le cas le plus fréquent ? évidemment non. La femme cède son droit de préférence absolument comme elle consent une subrogation générale à son hypothèque, c'est-à-dire dans la mesure de ses droits, créances et reprises aliénables et disponibles. La situation change-t-elle parce que c'est l'acquéreur qui est débiteur en lieu et place du mari ? Non. Il s'agit toujours de cession de droits de la femme, droits généraux et indéterminés, cessions ne comportant aucun prix et par conséquent en dehors des termes de l'article 1690.

Dès lors, aucune disposition légale ne réglementant ces cessions, nous retombons sur l'empire du droit commun au point de vue des formalités à remplir. Aucune n'est exigée et la cession sera opposable aux tiers dès que l'acte aura acquis date certaine.

PROMESSE D'ABSTENTION

Ce contrat, signalé par les auteurs, a retenu longtemps notre attention. Après avoir lu MM. Bertauld, Bénéch, Mourlon, Troplong, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, Mérignhac, etc., l'idée que nous nous faisons de cette convention était fort confuse. Nous espérions que cette notion allait s'éclaircir par l'examen de la jurisprudence. Sur ce point, notre déception a été complète. Nous n'avons trouvé aucun arrêt relatif à une promesse d'abstention. Était-ce donc une conception purement théorique, inconnue de la pratique ? Pour nous renseigner, nous n'avions qu'à nous adresser aux notaires. C'est ce que nous avons fait, et nous avons pu constater que jamais on ne faisait consentir à une femme mariée une simple promesse d'abstention. Nous étions donc revenus à notre point de départ, avec, toutefois, cette certitude en plus, que cette convention, ignorée de la pratique, n'aurait jamais à être interprétée dans ses effets par nos tribunaux.

Quel pouvait en être le motif ? Il y a deux explications : ou bien la promesse d'abstention ne correspond à aucun besoin pratique — ou bien elle n'existe pas comme contrat distinct de ceux que nous venons d'étudier.

En quoi consisterait donc cette promesse d'abstention envisagée comme contrat distinct ? Sur ce point nous emprunterons à MM. Mérignhac les passages que, dans leur livre remarquable, ils consacrent à la définition de cette stipulation.

« La promesse d'abstention consiste dans : l'engagement pris par la femme de ne point porter préjudice aux droits hypothécaires d'un créancier, dans la distribution du prix des immeubles de son mari, par l'exercice de son hypothèque légale.

La femme ne transmet donc rien ici au créancier, et lui promet seulement de s'abstenir à son profit. Ainsi ce contrat

produit un résultat purement passif ; il constitue une véritable servitude établie sur l'hypothèque légale. L'abstention imposée à la femme, doit se produire tant que l'intérêt du créancier qui l'a stipulée est en jeu, et dans la mesure de cet intérêt. La femme reprend donc sa liberté dès qu'elle peut agir sans nuire à ce créancier.

Cette donnée, qui précise la nature de la promesse d'abstention, met pleinement en vue la différence qui existe entre ce contrat et la cession d'antériorité : celle-ci implique chez la femme, un agissement qui consiste dans la transmission de son droit de préférence : la promesse d'abstention, au contraire, ne contient en principe aucune transmission. Elle a pour effet, ainsi que l'a fort bien dit un auteur (Bertauld), « de détruire le droit de la femme sous condition ; de paralyser, d'amortir son hypothèque pour une certaine éventualité ; et, si cette éventualité se réalise, il n'y a plus d'hypothèque opposable au bénéficiaire de la promesse. » Sans doute la promesse d'abstention pourra quelquefois, par la force même des choses, produire un résultat semblable à celui de la cession d'antériorité ; mais ce résultat sera purement accidentel et constituera une exception dans le contrat que nous étudions.

Aucune difficulté ne peut se présenter s'il n'y a aucun créancier entre la femme et le bénéficiaire de la promesse ; dans ce cas, celui-ci est colloqué avant la femme, puisqu'elle doit s'abstenir en sa faveur, et cette dernière est colloquée après lui. Mais l'exécution du contrat devient plus difficile, lorsqu'il existe des créanciers intermédiaires.

Des exemples vont mettre en lumière les applications pratiques des principes que nous venons de poser. Une somme de 50,000 francs est mise en distribution ; la femme a droit, en premier rang, à 20,000 francs, un premier créancier hypothécaire à pareille somme, un second à 10,000, un troisième à 20,000. Une promesse d'abstention a eu lieu au profit de ce dernier. Si la femme s'abstient, les deux premiers créanciers prendront 30,000 francs, et le troisième se trouvera complètement payé avec les 20,000 francs restants. Dans cette hypothèse, la promesse d'abstention devra sortir son plein et entier effet ; aucune difficulté ne saurait s'élever.

Supposons que le prix à distribuer ne soit que de 30,000 fr.

La femme s'abstenant, les deux premiers créanciers prendront l'entier prix, sans que le bénéficiaire de la stipulation reçoive une somme quelconque. Dans cette seconde hypothèse, la femme n'aura pas à s'abstenir puisque son abstention n'aurait aucune utilité pour le bénéficiaire et tournerait au contraire au profit des autres créanciers.

Enfin le prix en distribution est de 40,000 francs ; si la femme s'abstenait, les deux premiers créanciers prendraient ensemble 30,000 francs et il resterait 10,000 francs pour le bénéficiaire de la promesse. Dans ce cas, la femme devra s'abstenir à concurrence de ces 10,000 francs qui seront attribués à celui-ci au rang de l'hypothèque légale ; elle prendra elle-même 10,000 francs à ce même rang, et les 20,000 francs restants seront attribués au premier créancier.

Ce dernier résultat n'est-il point contraire à la nature d'un contrat qui n'a rien de translatif ? Ne dépasse-t-on point le but que se sont proposé les parties, en permettant au créancier de monter au rang de l'hypothèque légale et d'user de l'un des avantages qu'elle confère, alors que la femme a seulement promis de ne pas la faire tourner au préjudice de ce créancier ?

Nous ne le pensons pas et nous estimons au contraire que la solution proposée peut seule concilier l'intérêt de toutes parties, et rendre possible l'exécution du contrat, dans des conditions justes et raisonnables. Décider d'une manière absolue que la femme doit s'abstenir sans permettre au créancier de monter jamais au rang de cette dernière, c'est retomber dans les inconvénients que nous avons signalés à propos de la cession d'antériorité. En effet, les créanciers intermédiaires profiteraient de l'abstention de la femme, souvent à l'exclusion de celui qui pourtant devait seul en bénéficier. L'exécution de la promesse ainsi entendue servirait les intérêts de ceux à qui elle n'aurait point été faite, serait inutile à celui qui l'avait stipulée, si l'on suppose que son rang ne lui permettra pas d'obtenir collocation dans les ordres ultérieurs, et deviendrait funeste à la femme qui aurait renoncé à se faire colloquer sans être libérée, pour l'avenir, des suites de son engagement. Dans l'espèce, les 10,000 francs que nous accordons

au créancier ayant obtenu la promesse, seraient pris par le second créancier à qui la femme n'avait rien promis.

On pourrait peut-être soutenir que le contrat ne doit recevoir son exécution, que si l'abstention de la femme a pour conséquence de rendre utile le rang du créancier bénéficiaire, sans tourner au profit des autres créanciers. Renfermée dans ces limites, la promesse ne sortirait effet que dans la première hypothèse, très rare, par nous prévue, c'est-à-dire lorsque tous les créanciers intermédiaires se trouvent payés, que la femme s'abstienne ou non. Mais cette solution arbitraire rendrait le contrat presque toujours inapplicable, car la condition exigée ne se réaliserait presque jamais ; elle détruirait, en outre, complètement sa raison d'être, puisqu'on se préoccuperait des résultats qu'il pourrait produire vis-à-vis des créanciers intermédiaires, sans avoir égard aux droits de celui qui peut en exiger l'exécution chaque fois que son intérêt est en jeu.

Pour éviter la contradiction plus haut signalée qui semble exister entre le caractère passif de la promesse d'abstention, et le résultat translatif que nous venons de lui attribuer, on a proposé deux interprétations nouvelles destinées à concilier l'effet avec la cause.

D'après la première, le créancier serait colloqué au rang de l'hypothèque légale, en vertu de sa propre hypothèque améliorée par l'abstention de la femme. (MOURLON, *Transcription*, n° 946.) Mais, en se faisant ainsi colloquer au rang de l'hypothèque légale, le créancier use en réalité du droit de préférence attaché à cette hypothèque ; dès lors le contrat produit un effet translatif en ce qui concerne la transmission de ce droit.

D'après la seconde, la femme se ferait colloquer elle-même au rang de son hypothèque légale, sauf à remettre au créancier le montant de la collocation. Nous repoussons cette solution, que nous avons déjà rejetée en traitant de la cession d'antériorité, comme tendant à rétablir le sous-ordre hypothécaire, lorsque la femme a consenti plusieurs promesses d'abstention.

Il faut donc conclure que, bien que ne donnant naissance en principe qu'à une obligation purement passive de la part

de la femme, la promesse d'abstention transfère cependant le droit de préférence attaché à l'hypothèque légale, lorsque, pour profiter du bénéfice qui résulte de son exécution, celui qui l'a obtenue doit primer les créanciers intermédiaires ; elle produit alors un effet analogue à celui de la cession d'antériorité et de la subrogation tacite. Autrement entendu, le contrat ne pourrait presque jamais être exécuté sans tourner à l'avantage des créanciers intermédiaires. Dès lors, dans ce cas, il doit, comme la cession d'antériorité et la subrogation tacite, être assimilé, au point de vue que nous venons de signaler, à la subrogation ordinaire, dont il produit, dans une certaine mesure, le résultat translatif. Mais, par la force même des choses, cette assimilation ne sera jamais aussi complète que par rapport à la cession d'antériorité ou à la subrogation tacite. Ainsi la femme, n'ayant point transmis son hypothèque lors du contrat, ne sera pas tenue de conserver ses reprises comme dans les situations précitées. La collocation au rang de l'hypothèque légale, se produisant en quelque sorte en dehors de la nature de la promesse, ne sera possible pour le bénéficiaire que si, en fait, cette hypothèque garantit des créances appartenant à la femme. Par là, se manifeste la différence profonde qui sépare, au point de vue pratique, la promesse d'abstention des contrats qui ont pour but de transférer l'hypothèque légale, et qui seuls obligent, dès lors, la femme à sauvegarder les droits devant servir de base à cette hypothèque quand elle voudra l'utiliser. » MM. Mérignhac professent en effet, relativement à l'influence qu'exerce la subrogation sur les reprises de la subrogeante une théorie spéciale (que nous avons précédemment rapportée.)

Il résulte de ce qui précède que la promesse d'abstention est un contrat hybride, sans caractère nettement défini. Quelle est sa nature, quel est son principe ? Il faut envisager les circonstances dans lesquels il intervient pour le savoir.

Cette notion si imprécise, — MM. Mérignhac eux-mêmes ne le reconnaissent-ils pas en recommandant dans leur conclusion d'éviter de recourir à cette stipulation à cause des difficultés qui se sont élevées au sujet des effets produits par cette convention, — vient selon nous de ce que l'on a voulu reconnaître à la promesse d'abstention une valeur propre, une

portée différente de celle d'une subrogation, d'une cession d'antériorité ou d'une renonciation extinctive. De là vient l'erreur, les difficultés auxquelles se sont heurtés tous les auteurs.

Pour nous la promesse d'abstention n'existe pas en tant que contrat distinct. La pratique, nous le savons, accumule les expressions, les redondances pour désigner une convention quelconque relative à l'hypothèque légale de la femme mariée. Or si, par hasard, l'expression « promesse d'abstention » était employée concurremment avec d'autres, il est certain que nos tribunaux ne s'arrêteraient pas à ces mots pour définir la clause qu'ont voulu employer les parties. La convention serait-elle intervenue au profit d'un créancier chirographaire, ils la considéreraient comme une subrogation ; au profit d'un créancier hypothécaire soit comme une subrogation, soit comme une cession d'antériorité ; au profit d'un acquéreur, comme une renonciation extinctive ; au profit du créancier d'un tiers, comme une renonciation *in favorem*.

L'expression « promesse d'abstention » serait-elle employée seule ? A notre avis, il n'y a pas plus d'hésitation à avoir. Le principe d'interprétation de la jurisprudence est, nous l'avons vu sur bien des points, extensif et non restrictif. Les juges examineraient les circonstances dans lesquelles est intervenu le contrat et selon les cas verraient dans cette formule la désignation d'un des contrats que nous avons précédemment étudiés. En l'absence d'intérêt pratique, en l'absence d'hypothèses où cette convention aurait son utilité propre, n'est-il pas logique de dire que, sur ce point, les interprètes se sont trop occupés de la valeur d'un mot et qu'ils ont oublié ce principe qu'il ne faut jamais perdre de vue, surtout en notre matière : *Non sermoni res, sed et rei sermo subjicitur*.

TRANSMISSION INDIRECTE

DE

L'HYPOTHÈQUE LÉGALE

Dans tous les contrats précédemment étudiés, la convention portait directement sur l'hypothèque légale. Ici cette transmission de l'hypothèque légale se produit seulement par voie de conséquence. L'hypothèque est transférée en même temps que la créance dont elle est l'accessoire.

Nous aurons à examiner à ce sujet trois contrats : la cession par la femme de sa créance contre son mari. Le nantissement constitué par la femme sur sa créance en reprises. L'acquisition de la créance de la femme par voie de subrogation conventionnelle ou légale des articles 1250 et 1251 du Code civil.

CESSION DE LA CRÉANCE EN REPRISES

Ce contrat se réalise lorsque la femme cède sa créance contre le mari soit à un créancier de ce dernier, soit à son propre créancier, soit à un tiers.

Nous avons déjà eu l'occasion de parler de ce contrat à propos de la subrogation.

Une première question se pose : cette convention est-elle licite ? Un auteur (GROSSE, *Explication au point de vue pratique de la loi du 23 mars 1855*, n° 274) a prétendu que la loi du 23 mars 1855, en ne parlant que de la cession d'hypothèque, a, par là même, interdit à la femme celle de la créance. La cession des reprises matrimoniales était connue des rédacteurs de la loi et s'ils l'ont passée sous silence, c'est qu'ils ont voulu l'exclure.

Cette opinion est restée isolée et avec raison. Pour que la cession de la créance en reprises par la femme fût impossible de sa part, il faudrait un texte formel interdisant cette cession. Pas d'incapacité sans texte. Or ce texte n'existe pas. La loi de 1855, si elle règle la cession de l'hypothèque isolément, n'envisage pas la cession de la créance principale. Par conséquent on ne peut dire qu'elle la défend. Cette loi, nous l'avons vu, n'a pas un caractère prohibitif et limitatif. Elle n'a pas entendu apporter d'innovation à ce qui touche les droits de la femme. Elle a laissé la cession des créances sous l'empire du droit commun. D'après le droit commun, la femme régulièrement autorisée, quand elle est majeure et que son contrat de mariage ne renferme pas de dispositions prohibitives à cet égard, est capable de passer tous les actes juridiques. Elle peut donc céder sa créance en reprises. C'est un point incontesté.

Le bénéficiaire de la cession pourra exercer les droits qu'avait la femme, tout autant qu'elle, mais pas plus. Il ne pourra exiger le paiement de la créance cédée qu'au moment

où la cédante aurait pu l'exiger elle-même, sauf toutefois le cas spécial prévu par l'article 1446 du Code civil. Il pourra utiliser tous les accessoires de la créance et notamment l'hypothèque légale. (Art. 1692 C. civ.)

Les effets de la cession de créance sont faciles à déterminer si l'on se rattache à ces deux ordres d'idées : la femme est dépouillée de sa créance et de son hypothèque. Le cessionnaire est devenu créancier personnel et hypothécaire du mari.

Par suite de la première idée, il est à l'abri de tous les événements ultérieurs qui pourraient détruire ou diminuer la créance. Celle-ci n'étant plus entre les mains de la femme, aucun des actes qui pouvaient réfléchir sur elle n'a d'effet. Le droit du cessionnaire est définitif et ne reste plus exposé à toutes les éventualités qui peuvent se produire et éteindre la créance si elle était restée aux mains de la femme. Nous avons vu qu'il n'en était pas de même en matière de subrogation où la femme n'aliène que son hypothèque et conserve sa créance.

Par suite de la seconde idée, le cessionnaire a acquis deux actions contre le mari : une action personnelle et une action hypothécaire. En vertu de son action personnelle, il pourra participer à la distribution du prix des meubles du débiteur, le mari, comme tout créancier personnel. En vertu de son action hypothécaire, il requerra collocation au rang de la femme sur le prix des immeubles du mari.

Tous ces points ont déjà été traités.

La cession des créances en reprises de la femme se sépare donc nettement de la subrogation, principalement quant à ses effets.

La femme pouvait consentir plusieurs subrogations portant sur la même hypothèque. Il est à peine utile de dire qu'elle ne peut consentir plusieurs cessions de la même créance si la première a été dûment signifiée ou acceptée.

Le cessionnaire exercera la créance au rang que la loi accorde à cette créance. Si, par exemple, la femme a cédé la créance qu'elle a contre son mari résultant de ce fait qu'une donation mobilière a elle faite est tombée en communauté, et a conservé la créance résultant de ses apports dotaux, il est évident que la femme sera colloquée hypothécairement avant

le créancier. En effet, la femme n'est tenue de garantir que l'existence de la créance et conserve le droit de se prévaloir de celle qu'elle a retenue. D'autre part la femme est bien tenue de la garantie de ses faits personnels, mais on qualifie ainsi tout fait de la cédante ignoré du cessionnaire et dont l'exercice lui constitue un préjudice. Or, ici, le cessionnaire savait qu'il acquerrait un droit inférieur. Il devait s'attendre à être primé par la femme.

La solution et le raisonnement seraient les mêmes si la femme, au lieu de céder des créances différentes, avait cédé une quote-part d'une de ses créances. Elle pourrait concourir avec le subrogé.

Mais que faudrait-il décider si, après avoir cédé avec garantie de solvabilité de son mari une créance ayant droit à un rang hypothécaire inférieur, la femme cédait ensuite une autre créance conférant un rang antérieur ? Il faudrait, encore dans ce cas, ne considérer que le rang des créances. En effet, chaque cessionnaire après les formalités de l'article 1690 du Code civil se trouve saisi vis-à-vis des tiers de la créance qui lui a été cédée. La clause de garantie obligera sans doute la femme de façon plus étroite, mais ne saurait empêcher le second cessionnaire de devenir propriétaire de la créance qui le concerne et d'acquérir sur elle un droit indépendant. Or chaque créance devant être colloquée au rang qui lui est propre, la seconde obtiendra collocation avant la première en vertu de l'antériorité de son rang.

L'utilisation par le cessionnaire de la créance cédée produit vis-à-vis de la femme les mêmes effets que nous avons constatés au cas de subrogation. Il faudra distinguer selon que le cessionnaire était créancier du mari, ou créancier de la femme. Nous renvoyons à ce qui a été dit précédemment (*Effets de la subrogation*, section 2^e, chapitre 1^{er}).

TRANSMISSION DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE

PAR SUITE

DE SUBROGATION CONVENTIONNELLE OU LÉGALE OU DE NANTISSEMENT

Dans ces hypothèses la transmission de l'hypothèque légale de la femme résulte des principes du droit commun. Par suite, de même que pour la cession des créances en reprises, nous sommes en dehors des prévisions de l'article 9 de la loi du 23 mars 1855.

Cette transmission résulte des articles 1250, 1251, 2075 et 2076 du Code civil.

PARAGRAPHE PREMIER

SUBROGATION CONVENTIONNELLE OU LÉGALE

I. — Subrogation conventionnelle (art. 1250 C. civ.).

En vertu de cet article deux hypothèses sont possibles :

a) La femme reçoit paiement de sa créance contre son mari de la part d'une tierce personne et subroge cette dernière dans tous ses droits, actions, privilèges et hypothèques.

b) Le mari débiteur emprunte une somme à l'effet de payer une créance de la femme et subroge le prêteur dans les droits de cette dernière.

Dans les deux cas le tiers, dont les deniers ont servi à payer la créance de la femme, devient cessionnaire de la créance avec tous ses accessoires, par conséquent cessionnaire de l'hypothèque légale qui y est attachée. Nous n'entrerons pas dans l'examen de la controverse qui s'est élevée sur le point de savoir si la créance de la femme survit à ce paiement ou est remplacée par une autre. Nous sortirions des bornes de notre matière. Au surplus la solution à donner à cette question importe peu pour ce qui nous intéresse. Il est certain que la subrogation de l'article 1250 du Code civil emporte le transfert de l'hypothèque légale au profit du subrogé (art. 1249 C. civ.).

Grâce à la subrogation le tiers est devenu un véritable cessionnaire. Dès lors, les effets qu'il pourra faire produire à l'opération sont les mêmes que dans le cas de cession de créance. Sur un point seulement, — mais ce point est important, — la situation variera. Nous avons vu, en effet, que la femme qui cédait une partie de sa créance pouvait concourir avec le cessionnaire pour la partie cédée. Dans l'hypothèse que nous envisageons, ce résultat ne pourrait se produire. Leurs rapports se trouvent régis par l'article 1252 du Code

civil qui déclare que la subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie. *Nemo contra se subrogasse censetur*. Dès lors, la femme, dans l'ordre, sera colloquée, pour toute la partie de la créance dont elle n'a pas été payée, avant le tiers dont les deniers ont servi à payer l'autre partie. Si par une cession ou un nouveau paiement avec subrogation elle reçoit d'un tiers la somme non payée, celui-ci mis à son lieu et place devra bénéficier, comme elle, des avantages de l'article 1252 du Code civil et primer le premier bailleur de fonds. (MÉRIGNIAC, *op. cit.*, p. 267.)

II. — Subrogation légale (art. 1251, C. civ.).

Les mêmes effets et les mêmes résultats découleraient de l'article 1251 du Code civil si la subrogation au lieu d'être conventionnelle se produisait de plein droit et de par la loi en faveur d'un créancier qui paie une créance de la femme dans les divers cas prévus par cet article.

PARAGRAPHE II

NANTISSEMENT DE LA CRÉANCE EN REPRISES

Par ce procédé, — si cher à M. Bénéch, que cet auteur a proposé de ramener à ce seul contrat toutes les variétés possibles de conventions que la femme peut passer relativement à son hypothèque légale, — la femme concède soit à un créancier de son mari, soit à l'un de ses propres créanciers, soit même au créancier d'un tiers un nantissement portant sur ses créances contre son mari. (Art. 2077 C. civ.). Ce nantissement constitue une garantie accessoire affectée à l'acquittement d'une obligation principale ; par suite il n'entraîne ni cession de la créance, ni cession de l'hypothèque dont la femme conserve la propriété (art. 2079 C. civ.).

Ce contrat est réglementé par les articles 2075 et 2076 du Code civil. Il ne peut porter que sur des créances déjà nées et déterminées.

Supposons ce contrat régulier quant à la forme. Quels en seront les effets ? Sur ce point nous nous contentons de reproduire les conclusions de M. Bénéch.

1° Par rapport au constituant et à ses créanciers le gagiste est autorisé à retenir la créance en gage jusqu'au paiement intégral de sa créance en principal et accessoire. (Art. 2082, C. civ.).

2° Le créancier nanti pourra et devra percevoir les intérêts ; et lorsque la dette garantie sera devenue exigible, il en percevra aussi le capital.

3° Par rapport aux tiers créanciers, le créancier nanti produira dans les ordres en exerçant les droits de la femme (art. 1166, C. civ.), restée propriétaire de la créance engagée. Il demandera donc que la femme soit colloquée dans l'ordre au rang de son hypothèque, et à être colloqué lui-même par privilège sur le montant de cette collocation.

4° Par rapport aux éventualités qui pourraient, du chef du constituant, frapper d'extinction totale ou partielle la chose engagée, le droit de gage constituant un droit réel ou absolu (art. 2073-2095 C. civ.) et opérant le dessaisissement du constituant, le créancier gagiste se trouve saisi d'un droit qui lui est définitivement acquis, semblable à celui du cessionnaire de la créance en reprises. Il est donc, comme ce dernier, à l'abri de toutes les éventualités qui peuvent anéantir l'effet de la subrogation.

5° Ajoutons que le créancier ne pourra utiliser le nantissement qu'au moment où la femme peut exiger le paiement de ses reprises, et que, de même qu'au cas de cession, l'exercice de l'hypothèque légale par le bénéficiaire du contrat produit, à l'égard de la femme les effets constatés au cas de subrogation. Il faudra par conséquent distinguer si la femme a contracté dans l'intérêt du mari ou dans son propre intérêt.

LÉGISLATION LÉGALE AUX SOCIÉTÉS DE CRÉDIT FONCIER, RELATIVEMENT A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME

La société du Crédit Foncier de France, ainsi d'ailleurs que toutes les sociétés de crédit foncier qui pourraient être autorisées dans l'avenir, jouit d'une situation spéciale et privilégiée relativement à ses opérations de prêts hypothécaires. Le décret du 28 février 1852 et la loi du 10 juin 1853 lui ont accordé certains privilèges qui la mettent à l'abri des dangers auxquels sont exposés les prêteurs ordinaires.

Dans notre système hypothécaire, on le sait, il existe des hypothèques dispensées d'inscription, auxquelles, par conséquent, le créancier foncier aurait pu se heurter.

D'autre part, pour assurer une sécurité complète aux prêts par lui consentis à un homme marié, il a été admis que le Crédit foncier devait pouvoir, par un moyen quelconque, passer avant l'hypothèque légale de la femme de son emprunteur. Il a, tout d'abord, pour cela, comme les prêteurs ordinaires la voie de la subrogation au sujet de laquelle l'article 20 du décret de 1852 s'exprime ainsi : « Lorsque la femme mariée est présente au contrat de prêt, elle peut, si elle n'est pas mariée sous le régime dotal, consentir une subrogation à son hypothèque légale jusqu'à concurrence du montant du prêt. »

La subrogation doit donc être expresse, afin, a-t-on dit, de laisser à la femme tout le temps de réfléchir.

Si l'hypothèque légale est inscrite, le prêt ne peut être réalisé aux termes de l'article 9 du décret, qu'après la mainlevée donnée par la femme non mariée sous le régime dotal.

Dans le cas où la femme ne peut ou ne veut consentir une subrogation à son hypothèque, le décret de 1852 (article 24) avait autorisé le Crédit foncier à procéder à la purge de toutes les hypothèques légales inconnues, des actions rescisoires et des privilèges non inscrits, qui pouvaient grever les immeu-

bles. C'était, pour la société, la garantie complète, la sécurité absolue. L'extrait de l'acte constitutif d'hypothèque devait être notifié aux précédents propriétaires et publié dans un des journaux désignés pour recevoir la publication des annonces judiciaires, et la purge s'opérait après un délai de quarante jours, si aucune inscription n'avait été prise dans cet intervalle.

Mais on a considéré que ce mode de purge général constituait une innovation qui attaquait les droits consacrés par le Code civil, et d'autant plus dignes d'intérêt qu'ils appartenaient pour la plupart à des personnes victimes de dol, de fraude ou de violence ; que, d'ailleurs, l'exercice de ces droits ne se présentait qu'exceptionnellement. Aussi, la loi du 10 juin 1853 est-elle venue abroger cette disposition de la loi de 1852. En conséquence, la faculté accordée au Crédit foncier de procéder à la purge n'existe plus aujourd'hui qu'à l'égard des hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits qui sont dispensées de toute inscription jusqu'au moment de la dissolution du mariage ou de la cessation de la tutelle.

Le décret de 1852 (art. 8) avait rendu la purge obligatoire pour le Crédit foncier. Cette prescription qui entraînait nécessairement la publicité de tous les prêts était un obstacle pour beaucoup d'emprunteurs ; c'était, de plus, une cause de lenteurs et de frais absolument vexatoires lorsque la formalité de la purge était jugée inutile. Ces inconvénients ont vite disparu : l'article 8 du décret de 1852 a été abrogé par la loi de 1853 dont l'article 2 est ainsi conçu : « La purge rendue obligatoire pour les sociétés de Crédit foncier par l'article 8 du décret du 28 février 1852 est désormais facultative. » Actuellement, par suite de cette disposition nouvelle, le Crédit foncier a toute latitude pour procéder ou non à la purge des hypothèques légales ; c'est une formalité qu'il remplit quand il le juge convenable, et cela avec raison, puisqu'il suffit souvent d'examiner avec soin les titres de propriété de l'emprunteur, ou son état civil pour établir nettement que ces hypothèques légales sont éteintes ou n'ont jamais existé.

Une procédure spéciale de purge a été organisée par le décret de 1852 et la loi de 1853 en vue de rendre les formalités

plus simples et moins onéreuses. Le décret de 1852 supprime : le dépôt au greffe qui constitue une mesure de publicité peu sérieuse ; le placard affiché dans l'auditoire du tribunal qui, en s'adressant à tout le monde ne prévient personne directement et ne vaut pas l'interpellation faite aux intéressés eux-mêmes ; la signification faite au procureur, qui ne peut avoir de résultat sérieux. Il abrège enfin le délai pour prendre inscription, délai qui eut été beaucoup trop long en matière de prêt.

Le décret de 1852 renfermait des lacunes graves en ce qui concerne les formalités. D'abord lorsqu'une femme mariée était présente au contrat de prêt et qu'elle ne voulait pas concourir au contrat et consentir une subrogation à son hypothèque légale, l'article 20 n'exigeait qu'une déclaration verbale du notaire qui avertissait la femme que, pour conserver vis-à-vis de la société le rang de son hypothèque légale, elle était tenue de la faire inscrire dans le délai de quinzaine. Cette déclaration était insuffisante pour protéger la femme ; il eût été plus rationnel de lui faire une signification qui, en laissant entre ses mains une pièce, lui permettait plus facilement de se rendre compte de la situation, et de consulter qui de droit.

La loi de 1853 prévoit deux hypothèses : ou bien il s'agit de purger des hypothèques légales connues, ou bien il s'agit de purger des hypothèques légales inconnues. Dans le premier cas, une notification sera faite et la purge aura pour effet d'annuler, mais seulement vis-à-vis de la société, les hypothèques qui n'auront pas été inscrites dans les délais. Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque des hypothèques légales peuvent exister au profit de personnes que la loi ne connaît pas, la purge a ce double effet, d'en révéler l'existence et de provoquer l'inscription ou, à défaut d'inscription dans le délai, d'en annuler l'effet au regard de la société.

Aux termes de l'article 25 de la loi de 1853, « la purge est opérée par le défaut d'inscription dans les délais fixés par les articles précédents. Elle confère à la société du Crédit foncier la priorité sur les hypothèques légales. Cette purge ne profite pas aux tiers qui demeureront assujettis aux formalités prescrites par les articles 2193, 2194 et 2195 du Code civil.

Ainsi la purge s'accomplit par le seul fait de l'expiration du délai sans inscription. Ce délai est de quinzaine après la signification pour les hypothèques légales connues. Il est de quarante jours après l'insertion pour la purge des hypothèques légales inconnues. On admet d'ailleurs généralement que ces délais sont de rigueur. A l'égard de la société, l'inscription prise ultérieurement serait tardive et inefficace encore bien qu'à ce moment le Crédit foncier n'aurait pas eu le temps de verser les fonds à l'emprunteur.

Cette purge s'analyse donc aux termes de l'article 25 de la loi de 1853 en une cession d'antériorité de la part de la femme ; par suite son effet ne se produit que sur les immeubles conventionnellement affectés au profit du Crédit foncier. En est-il de même de la subrogation expresse consentie par la femme. Nous le croyons. Le mot subrogation est pris ici dans un sens général. Cette interprétation résulte d'ailleurs des formules employées par le Crédit foncier : « Pour assurer en tant que de besoin au Crédit foncier le premier rang d'hypothèque auquel il a droit, M^{me}... lui cède et transporte, ce qui est accepté, somme égale au montant de toutes les réclamations que le Crédit foncier peut avoir à exercer en vertu des présentes, à prendre dans les reprises, créances et avantages matrimoniaux de ladite dame, qui, par suite, subroge le Crédit foncier, jusqu'à due concurrence, dans son hypothèque légale contre son mari.

Ces transport et subrogation sont consentis avec toutes préférence et antériorité à la cédante ; mais ils ne pourront s'exercer que sur les immeubles ci-dessus hypothéqués. »

Au surplus, la cession d'antériorité est d'ailleurs bien suffisante pour le but que poursuit le Crédit foncier et qui consiste à venir au premier rang sur les immeubles affectés à sa garantie.

Mais cette purge, exceptionnellement ouverte au Crédit foncier, ne peut profiter qu'à lui seul. Ainsi le veut l'article 25. Les tiers qui se rendraient acquéreurs immédiatement après la purge opérée au profit du Crédit foncier ne seraient point dispensés, pour se mettre à l'abri des hypothèques légales, de recourir aux formalités prescrites par le Code civil.

Est-ce à dire cependant que nulle personne autre que la

société ne puisse jamais profiter de cette purge exceptionnelle ? Irait-on jusqu'à penser qu'un individu qui aurait remboursé la société et qui se serait fait subroger dans sa créance ne jouirait pas du bénéfice de la priorité de rang acquise à celle-ci vis-à-vis des personnes dont elle a purgé les droits ? Nous ne sommes pas de cet avis. Les tiers dont parle l'article 25 sont uniquement les tiers-acquéreurs, c'est-à-dire ceux qui d'après le droit commun peuvent purger des hypothèques légales. Ce sont ceux-là qui ne peuvent point profiter, c'est-à-dire user des formes exceptionnelles admises en faveur du Crédit foncier. Ce sont ceux-là seuls, en effet, dont on peut dire, comme le fait l'article 25, qu'ils demeurent assujettis aux formalités prescrites par le Code civil.

Ces subrogés, selon nous, succèdent donc au régime de faveur dont jouit le Crédit foncier, en admettant naturellement que cette société y ait eu recours. Est-ce à dire qu'ils succéderont à tous les avantages que la loi lui confère ? Il ne faudrait pousser à ce point l'affirmative, car ils ne sauraient acquérir une des prérogatives dont jouit le Crédit foncier.

On sait qu'aux termes de l'article 2154 du Code civil, les inscriptions hypothécaires ne conservent leur effet que pendant dix ans à compter de leur date : aussi, avant l'expiration de ce délai, doivent-elles être renouvelées sous peine d'être périmées. Un privilège a été accordé aux sociétés de Crédit foncier qui sont dispensées de ce renouvellement décennal. En effet, l'article 47 du décret de 1852 porte : « Les inscriptions hypothécaires prises au profit des sociétés de Crédit foncier sont dispensées, pendant toute la durée du prêt, du renouvellement décennal prescrit par l'article 2154 du Code civil. » On conçoit combien auraient été gênantes et onéreuses pour ces sociétés les formalités de renouvellement d'inscription. Leurs opérations si nombreuses, qui s'étendent sur des périodes si longues, auraient rendu bien difficile l'accomplissement de ces formalités, et la moindre omission, si facile lorsque les renouvellements portent sur un si grand nombre d'inscriptions, aurait pu avoir des conséquences graves pour la sécurité de la société.

Les cessionnaires du Crédit foncier jouiront-ils, comme lui, de la dispense de renouvellement décennal ? C'est ce qu'a

décidé la Cour d'appel de Toulouse dans un arrêt du 1^{er} mars 1889. Elle a estimé que le bénéfice accordé au Crédit foncier « n'est pas personnel au Crédit foncier et non cessible ; qu'il est au contraire attaché à la créance elle-même et transmissible à des tiers, ayant un caractère évident de réalité et non de personnalité. » Cette solution admise par de nombreux auteurs (Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, Josseau, Beudant), s'appuyait sur l'argument suivant : « Avant la loi de 1855, la jurisprudence et la doctrine décidaient que la dispense d'inscription accordée à la femme passait à son cessionnaire. Il a fallu un texte formel, celui de l'article 9, pour que la publicité pût être exigée. Par conséquent, dans le cas qui nous occupe, où il n'existe pas de texte formel, la dispense de renouvellement profite au cessionnaire. Elle invoquait également des considérations pratiques. Si est écoulé plus de dix ans du jour de l'inscription à celui de la transmission des droits du Crédit foncier, le cessionnaire auquel on appliquerait l'article 2154 du Code civil n'aurait que la faculté de requérir une inscription nouvelle prenant rang à sa date et serait primé par des inscriptions prises dans l'intervalle. Et même il ne pourrait requérir aucune inscription si l'on suppose qu'il était antérieurement survenu un événement arrêtant le cours des inscriptions, tel qu'une transcription. Par suite, en fait, le Crédit foncier verrait son droit frappé d'une véritable indisponibilité, car aucun bailleur de fonds ne voudrait, dans ces conditions, se substituer à lui. Ce serait pour lui une entrave sans motif puisque la situation des tiers intéressés ne change pas, qu'ils se trouvent en présence du Crédit foncier ou de ses ayants droit.

Cette solution est critiquable. Les privilèges accordés au Crédit foncier lui sont personnels. C'est sa situation spéciale, en tant qu'établissement de crédit, qui a été envisagée de façon exclusive. Il y a ici une distinction qui s'impose, distinction admise par la plupart des auteurs entre les qualités propres à la créance et celles inhérentes à la personne du créancier. Or, les privilèges dont il est question n'ont de raison d'être que lorsque le Crédit foncier lui-même est en jeu. Les textes de la loi et du décret ne visent que lui, n'envisagent que l'hypothèse normale, celle où cette société ne cède point sa

créance. D'ailleurs les difficultés pratiques signalées précédemment ne sauraient exister. Durant la période de dix ans en cours au moment où se produit la translation de la créance, il y a droit acquis pour le subrogé à la dispense de renouvellement. Du moment que le Crédit foncier est titulaire de la créance au moment de la transmission, le subrogé hérite de cette situation devenue définitive. C'est seulement au bout de cette période de dix ans qu'il rentre dans le droit commun et doit renouveler à la fois l'inscription du Crédit foncier et celle de la femme, si la société avait été subrogée à l'hypothèque légale. (MÉRIENHAC, *op. cit.*, p. 355 et s.)

Cette solution a été adoptée par MM. Aubry et Rau (*loc. cit.*, 4^e édition, t. IV, § 359 *bis*, note 47), qui sont revenus sur leur première opinion. La cour de Toulouse elle-même semble avoir abandonné sa jurisprudence primitive par un arrêt du 16 juin 1892 (D. 93, I. 521). Elle a en effet, admis la thèse que nous avons adoptée, en tranchant une question relative au privilège des contributions indirectes. Elle a jugé « que la régie n'est pas qualifiée, aux termes des lois et règlements, pour transmettre un privilège qui lui est spécial. » Si le cas est différent, n'y a-t-il pas du moins identité de motifs ?

Tels sont les points sur lesquels la législation spéciale au Crédit foncier déroge au droit commun. En dehors de ces privilèges, cette société demeure soumise aux principes que nous avons exposés, relativement à l'étendue du pacte subrogatoire, à ses effets, au rang à établir en cas de concours avec d'autres subrogés.

Cette législation spéciale au Crédit foncier de France a été étendue à un autre établissement, sous forme de société anonyme, portant le nom de société de Crédit colonial. Cette société financière a pour but de rendre aux propriétaires fonciers de nos colonies les mêmes services que rend en France le Crédit foncier aux personnes qui veulent contracter des prêts hypothécaires. Originellement approuvé par un décret du 24 octobre 1860, le Crédit colonial a été définitivement constitué par un autre décret du 31 août 1863.

CONCLUSION

Nous tirons de notre étude deux conclusions : L'une d'ordre pratique, l'autre d'ordre général.

La première s'impose. En présence des difficultés que nous avons rencontrées, tenant à ce fait, signalé par nous bien des fois, que les notaires mêlent, juxtaposent ensemble les formules, ce qui entraîne l'incertitude, une perception difficile de la véritable intention des parties, il nous paraît absolument indispensable pour les notaires d'éviter de grouper dans la même clause, pour exprimer la même idée, l'ensemble ou la plupart des stipulations relatives à l'hypothèque légale. Autrement, on aboutit à un résultat fâcheux pour les parties, car le juge, au milieu de toutes ces clauses, court le risque de s'attacher à celle qui n'est qu'accessoire dans l'esprit des stipulants en négligeant la principale qu'il considérera comme accessoire. Là, pour nous, comme pour MM. Mérignhac, est le point de départ du progrès, la fin des obscurités qui ont valu, de la part d'un auteur, à cette matière de subrogation aux droits d'hypothèque, le qualificatif de : *Materia difficillima et inextricata*.

Ce sera la fin des difficultés, car ce sera aussi, en cette matière, la fin de cet adage : *Non sermoni res, sed et rei sermo subjicitur*. Actuellement, il ne convient pas de s'attacher aveuglément au nom de la stipulation indiqué dans l'acte. Le juge doit interpréter la volonté des parties en tenant compte de leur intérêt respectif et de leur intention probable. Or, qui dit interprétation de volonté dit également erreur possible. Le jour où les parties emploieront un terme précis pour désigner la

convention qu'elles ont en vue, plus d'interprétation possible pour le juge, partant plus d'erreur de ce fait.

Or, ce n'est pas chose bien difficile que de savoir à quel contrat, il faut recourir dans telle circonstance donnée.

La subrogation convient à tous les cas. Tous les autres contrats n'en sont que des variantes, des applications limitées.

La cession d'antériorité convient au créancier hypothécaire du mari qui, satisfait de la sûreté qu'il a obtenue, ne demande qu'à ne pas être primé par la femme ou à primer d'autres créanciers hypothécaires, mais seulement sur les immeubles à lui conventionnellement affectés.

La cession d'une créance déterminée sera très utile lorsque la femme possédera une créance certaine, liquide et exigible contre son mari, mais ce cas se présentera rarement, étant donné que la situation hypothécaire d'une femme à l'égard de son mari n'est presque jamais connue.

Quant à la subrogation tacite, il faut pour y recourir être bien sûr de se trouver dans l'un des cas admis par la jurisprudence. Et encore, comme sur ce point il y a toujours lieu à interprétation de volonté de la part de nos tribunaux, il serait plus prudent de recourir, si possible, à la subrogation expresse.

La subrogation conventionnelle ou légale ne se produit presque jamais. Le nantissement n'est jamais, peut-on dire, utilisé en pratique.

La renonciation au profit du tiers acquéreur offre de sérieux avantages. Elle sera préférée par le mari qui évite les frais et les lenteurs de la purge et peut, si la femme donne son consentement, toucher immédiatement le prix de la vente, car la renonciation éteint à la fois le droit de suite et le droit de préférence. Nous avons vu toutefois les difficultés que soulève la loi de 1889 au sujet de la transmission du droit de préférence.

Telles sont, en quelques mots, les utilisations pratiques de ces conventions.

Il ne faudrait cependant pas s'abuser sur leur importance. De notre enquête auprès des praticiens, il résulte nettement que ces conventions ne sont employées que comme garanties accessoires. Elles viennent compléter l'efficacité de l'hypothèque conventionnelle que le créancier avait exigée. — Ainsi

s'explique la confusion que certains auteurs ont faite entre la subrogation et la cession d'antériorité. — Jamais on ne voit fonctionner isolément ces garanties, précisément à cause de leur caractère précaire et incertain.

Aussi est-il permis de se demander si l'introduction de ces stipulations dans notre législation a été chose utile, si leurs résultats suffisent pour compenser les avantages dont se dépouille la femme. Or, sur ce point, il résulte de notre étude que ces pactes tant vantés n'aboutissent généralement qu'à ce résultat : ruiner la femme, sans servir utilement au créancier.

Ces stipulations ne seraient utiles que si elles conféraient au bénéficiaire, dès le moment où l'on a recours à elles, un droit acquis et définitif aux reprises que la femme possédait alors contre son mari. Nous avons vu que, sauf pour la cession de créances et le nantissement, les principes ne le permettaient pas. Dès lors, elles ne constituent qu'une garantie incertaine et bien fou serait celui qui se contenterait d'une semblable sûreté.

Il est vrai que ces conventions n'interviennent qu'au profit de celui qui a déjà une sûreté réelle. Alors, comme garantie contre l'action hypothécaire privilégiée de la femme, elles sont parfaites. Mais si elles sont utilisées dans le but de permettre au cessionnaire de primer d'autres créanciers hypothécaires, on retombe dans l'incertitude déjà signalée. La femme aurait-elle des reprises à exercer ?

Aussi les résultats pratiques de ces conventions sont-ils plutôt minimes.

D'autre part, l'introduction de ces stipulations dans notre législation nous paraît fâcheuse.. Ah ! sans doute, nous le savons, le besoin de crédit est un besoin impérieux et qui se fait sentir d'autant plus vivement qu'une société est plus avancée en civilisation et que la circulation des capitaux est plus active. On a oublié que l'intérêt des époux n'est pas seul en jeu. Il y a l'intérêt de la famille, l'intérêt des enfants. Il eût été bon, croyons-nous, de maintenir les garanties que la loi accorde à la femme, de ne pas lui permettre d'en disposer, et ainsi le législateur n'aurait pas mérité ce reproche justifié de M. Bufnoir : « Le résultat le plus clair de l'hypothèque légale,

pour toute femme qui n'est pas mariée sous le régime **dotal**,
est que la femme est ruinée toutes les fois que le mari **se**
ruine. »

Vu par le Président de la Thèse :

R. PIÉDELIÈVRE.

Vu par le Doyen :

LYON-CÆN.

Vu et permis d'imprimer
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris :

L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

Nature et effets des conventions relatives à l'hypothèque légale de la femme mariée.

INTRODUCTION

Inconvénients de l'hypothèque légale de la femme mariée. But des conventions relatives à cette hypothèque. Controverses sur leur légalité.....	7
HISTORIQUE.....	23
Section première. — Droit romain.....	25
Section deuxième. — Ancien droit français.....	41
Section troisième. — Les conventions relatives à l'hypothèque légale sous le Code civil.....	50
GÉNÉRALITÉS SUR LES PACTES RELATIFS A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME. NATURE ET OBJET DE CES CONVENTIONS.....	57
PLAN ET LIMITES APPORTÉES A CETTE ÉTUDE.....	79
SUBROGATION PROPREMENT DITE.....	81
Première partie : Nature étendue et efficacité.	
Chapitre I. — Nature de la subrogation.....	83
Chapitre II. — Cas dans lesquels il y a subrogation.....	92
Chapitre III. — Etendue de la subrogation.....	103
Chapitre IV. — Influence de la subrogation sur les reprises de la subrogeante.....	117
Deuxième partie : Effets de la subrogation.	
Section première : Effets à l'égard du créancier subrogé.....	139

Chapitre I. — Effets quant au droit de préférence.....	139
Chapitre II. — Effets quant au droit de suite.....	159
Section deuxième. — Effets à l'égard de la subrogeante.....	172
Chapitre I. — Effets quant au droit de préférence.....	172
Chapitre II. — Effets quant au droit de suite.....	190

CESSION D'ANTÉRIORITE.....	193
-----------------------------------	------------

SUBROGATION TACITE.....	205
--------------------------------	------------

RENONCIATION AU PROFIT DU TIERS ACQUÉREUR..	221
--	------------

Première partie : Caractères de la renonciation.

Chapitre I. — Nature de la renonciation.....	227
Chapitre II. — Cas dans lesquels il y a renonciation.....	232

Deuxième partie : Effets de la renonciation....

Chapitre I. — Extinction du droit de suite.....	243
Chapitre II. — Conservation du droit de préférence.....	249
Chapitre III. — Transmission du droit de préférence.....	256
§ 1. Renonciation au droit de préférence en faveur du mari.....	257
§ 2. Renonciation au droit de préférence en faveur du tiers-acquéreur.	259
§ 3. Renonciation au droit de préférence en faveur d'un tiers quel- conque.....	275

PROMESSE D'ABSTENTION.....	277
-----------------------------------	------------

TRANSMISSION INDIRECTE DE L'HYPOTHÈQUE LE- GALE.....	283
---	------------

Cession de la créance en reprises.....	285
---	------------

Transmission de l'hypothèque légale par suite de subroga- tion conventionnelle ou légale.....	289
--	------------

Nantissement de la créance en reprises.....	293
--	------------

LÉGISLATION SPÉCIALE AUX SOCIÉTÉS DE CRÉDIT FONCIER RELATIVEMENT A L'HYPOTHÈQUE LÉ- GALE DE LA FEMME MARIÉE.....	295
---	------------

CONCLUSION.....	302
------------------------	------------

